

Haftungsfragen der Kreditsicherung im Konzern

Chung-Hung Liao

2012

Haftungsfragen der Kreditsicherung im Konzern

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Chung-Hung Liao

aus: Taipei, Taiwan

Referent: Professor Dr. Norbert Horn

Korreferent: Professorin Dr. Barbara Grunewald

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Okt. 2012

Inhaltsüberblick

§ 1 Einleitung.....	1
Kapitel 1: Kreditsicherung in der konzernrechtlichen Betrachtung.....	26
§ 2 Konzernhaftung im Allgemeinen	26
§ 3 Kreditsicherung im Konzern und Konzernhaftung.....	38
Kapitel 2: Kreditsicherung nach allgemeinem Gesellschaftsrecht.....	78
§ 4 Kreditsicherung durch die Gesellschaft und die diesbezüglichen Grundsätze im Gesellschaftsrecht.....	79
§ 5 Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft entgegen § 57 AktG.....	94
§ 6 Kreditsicherung entgegen §§ 30 f. GmbHG.....	125
§ 7 Kreditsicherung durch einen Gesellschafter zugunsten der Gesellschaft und das Recht der Gesellschafterleistung.....	148
§ 8 Die Beschränkung der Rechte der Gesellschafter und die Sicherungsgeschäfte aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses.....	164
§ 9 Das Verhältnis zwischen konzernrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Regeln.....	186
Kapitel 3: Die wichtigsten Fallgruppen der Sicherheitenbestellung im Konzern.....	205
§ 10 Besicherung eines Kredits an die Muttergesellschaft durch untergeordnete Konzerngesellschaften – Upstream-Besicherung.....	205
§ 11 Kreditsicherung durch die Muttergesellschaft – Downstream-Besicherung	217
§ 12 Besicherung eines Kredits an eine Tochtergesellschaft durch eine andere Schwestergesellschaft – Sidestream-Besicherung.....	222
§ 13 Patronatserklärungen.....	235
§ 14 Zusammenfassung.....	262
Literaturverzeichnis.....	293

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung.....	1
I. Kreditsicherung in der Praxis der Konzernfinanzierung.....	1
1. Die konzernexterne Kreditierung durch eine Bank als wichtige Finanzierungsquelle des Konzerns.....	1
a) Die Finanzierung der selbstständigen Unternehmen.....	1
b) Die dezentrale Konzernfinanzierung.....	1
c) Die zentrale Konzernfinanzierung.....	2
2. Der Bedarf an Kreditsicherung wegen Risiken bei der konzernexternen Kreditierung.....	3
a) Die Risiken der Kreditgewährung an die Obergesellschaft.....	3
b) Die Risiken der Kreditgewährung an die Untergesellschaft.....	5
c) Überwindung der Risiken durch Sicherheitenbestellung.....	6
d) Der Sonderfall der Akquisitionsfinanzierung.....	10
II. Ausgangsfragen.....	11
1. Die konzernrechtlichen Regelungen und die Kreditsicherung im Konzern.....	11
a) Im Vertragskonzern.....	12
b) Im faktischen Konzern.....	13
c) Das Problem des qualifizierten faktischen Konzerns.....	13
2. Die gesellschaftsrechtlichen Regeln und die Kreditsicherung im Konzern.....	14
a) Das Verbot der Einlagenrückgewähr.....	15
b) Das Recht der Gesellschafterleistungen.....	17
c) Der Missbrauch der Vertretungsmacht.....	18
d) Die Einschränkung der Gesellschafterrechte.....	18
3. Das Verhältnis zwischen den konzernrechtlichen und den gesellschaftsrechtlichen Regeln.....	20
a) Im Vertragskonzern.....	20
b) Im faktischen Konzern.....	21
c) Der Grundsatz der existenzvernichtenden Eingriffe.....	23
Kapitel 1: Kreditsicherung in der konzernrechtlichen Betrachtung.....	26
§ 2 Konzernhaftung im Allgemeinen	26
I. Grundzüge des Konzernrechts.....	26
1. Gefahren beim Abhängigkeitsverhältnis bezüglich der Sicherheitenbestellung durch Konzernunternehmen.....	26

2. Ziel und Zweck des Konzernrechts.....	27
II. Die Leitungsmacht und die Schutzmechanismen im Konzern.....	28
1. Legitimationsprobleme der Konzernleitung.....	28
a) Im Aktienkonzern.....	28
b) Im GmbH-Konzern.....	29
2. Die Problematik der Konzernhaftung.....	30
a) Im Aktienkonzern.....	30
b) Im GmbH-Konzern.....	32
3. Zurechnungsprobleme.....	36
§ 3 Kreditsicherung im Konzern und Konzernhaftung.....	38
I. Kreditsicherung durch die abhängige Gesellschaft zugunsten des herrschenden Unternehmens im Vertragskonzern.....	38
1. Rechtfertigung der Sicherheitenbestellung unter Veranlassung des herrschenden Unternehmens durch das Weisungsrecht im Konzernvertrag.....	38
a) Das Weisungsrecht im Vertragskonzern.....	38
b) Die Zulässigkeit der Kreditsicherung im Vertragskonzern.....	40
2. Das Verhältnis zwischen der Sicherheitsleistung nach § 302, 303 AktG und dem zu behandelnden Sicherungsgeschäft.....	41
a) Die Anwendungsbegrenzung für das sicherungsnehmende Kreditinstitut.....	41
b) Die Verpfändung des Anspruchs gegen die Muttergesellschaft nach § 302 AktG als eine alternative Vollstreckung einer Personalsicherheit durch die Tochtergesellschaft.....	42
c) Sicherheitsleistung der Muttergesellschaft nach § 303 AktG neben der Personalsicherheit der Tochtergesellschaft.....	43
d) Keine Bedeutung der Ausfallhaftung bei der Bestellung von Personalsicherheiten durch die Tochtergesellschaft für Kreditgewährung an die Konzernmutter.....	45
3. Das Recht des GmbH-Vertragskonzerns bezüglich der zu behandelnden Kreditsicherung einer Gesellschaft zugunsten anderer verbundener Unternehmen.....	46
a) Die Legitimation der nachteiligen Weisung zur Sicherheitenbestellung einer abhängigen GmbH durch Unternehmensvertrag.....	46
b) Die analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG auf den GmbH-Vertragskonzern.....	46
II. Kreditsicherung durch die abhängige Gesellschaft zugunsten des	

herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern.....	47
1. Kreditsicherung im faktischen Aktienkonzern.....	48
a) Tatbeständliche Voraussetzungen der §§ 311 ff. AktG.....	48
b) Legitimation der unzulässigen nachteiligen Beeinflussung durch Nachteilsausgleich.....	50
c) Sicherheitenbestellung durch die abhängige Gesellschaft zugunsten des herrschenden Unternehmens im faktischen Aktienkonzern.....	52
2. Kreditsicherung im faktischen GmbH-Konzern.....	55
a) Die Entwicklung des Konzernhaftungssystems im faktischen GmbH-Konzern.....	55
b) Das neue Haftungssystem im faktischen GmbH-Konzern.....	67
c) Existenzvernichtungshaftung bei der Sicherheitenbestellung durch eine GmbH im faktischen Konzern	68
III. Kreditsicherung und die Grundsätze über qualifizierte Nachteilzufügung im Aktienkonzern.....	73
1. Tatbeständliche Voraussetzungen der entsprechenden Anwendung von §§ 302, 303 AktG auf den Fall der „qualifizierten Nachteilzufügung“.....	73
2. Kreditsicherung als qualifizierte Nachteilzufügung?.....	74
3. Auswirkung der Grundsätze der qualifizierten Nachteilzufügung auf die Kreditsicherung.....	75
4. „Existenzvernichtungshaftung“ des Aktionärs?.....	76
Kapitel 2: Kreditsicherung nach allgemeinem Gesellschaftsrecht.....	78
§ 4. Kreditsicherung durch die Gesellschaft und die diesbezüglichen Grundsätze im Gesellschaftsrecht.....	79
I. Gläubiger- bzw. Minderheitsschutz als Kernpunkte des Gesellschaftsrechts.....	79
1. Das System der Haftungsbeschränkung und Mechanismen des Gesellschaftsgläubigerschutzes.....	79
a) Das Trennungsprinzip und die Regeln zum Gläubigerschutz. .	79
b) Das Verbot der Einlagenrückgewähr – verdeckte Gewinnausschüttung und verdeckte Einlagen.....	80
2. Das Mehrheitsprinzip und die Mechanismen des Minderheitsschutzes.....	83
a) Interessenkonflikt zwischen der Mehrheit und Minderheit der Gesellschafter.....	83
b) Schutzmechanismen für Minderheitsgesellschafter im	

Gesellschaftsrecht.....	84
II. Kreditsicherung unter gesellschaftsrechtlicher Betrachtung.....	85
1. Kreditsicherung und verdeckte Gewinnausschüttung.....	85
a) Begriff und Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung. .	85
b) Die eventuell anwendbaren Regeln im Gesellschaftsrecht.....	87
c) Die Sicherheitenbestellung als verdeckte Gewinnausschüttung?	
.....	89
2. Die Kreditsicherung und „das Recht des (eigenkapitalersetzenden)	
Gesellschafterdarlehens“.....	90
3. Die Kreditsicherung und die Gesellschafterpflichten.....	91
§ 5. Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft entgegen § 57 AktG.....	94
I. Der Verbotstatbestand des § 57 AktG.....	94
1. Ausschüttung von Vermögenswerten aus gebundenem Vermögen. .	95
2. Der Aktionär oder ein ihm nahestehender Dritter als	
Ausschüttungsempfänger.....	96
3. Die Ausnahmetatbestände nach Neuregelung durch das MoMiG....	96
II. Die Anwendbarkeit der §§ 57, 62 AktG auf verdeckte	
Gewinnausschüttungen.....	97
1. Das Rückgewährsverbot des § 57 Abs. 1 AktG und verdeckte	
Gewinnausschüttungen.....	97
2. Sondertatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung?.....	98
a) Definition und Tatbestand in der Rechtsprechung.....	98
b) Definition und Tatbestand im Schrifttum.....	98
c) Stellungnahme.....	100
III. Rechtsfolge.....	101
1. Rückerstattungs- bzw. Ausgleichspflicht des Leistungsempfängers	
.....	101
2. Leistungsverweigerungsrecht der AG.....	101
3. Nichtigkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts?.....	102
a) Meinungen für die Nichtigkeit.....	102
b) Meinungen gegen die Nichtigkeit.....	103
c) Stellungnahme.....	103
IV. Kreditsicherung durch die Gesellschaft und verbotene Rückgewähr	
i.S.d. §§ 57 ff. AktG.....	104
1. Die Qualifizierung der Kreditsicherung als verbotene Rückgewähr	
i.S.d. §§ 57 ff. AktG.....	105
a) Beschädigung des gebundenen Vermögens durch die	
Sicherheitenbestellung.....	105

b) Bestehen eines vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewährsanspruchs?.....	107
c) Der Aktionär als Empfänger des Vermögensvorteils durch die Kreditsicherung durch Gesellschaft.....	114
d) Entstehenszeitpunkt.....	115
2. Rechtsfolge des Sicherheitsgeschäfts wegen Verstoßes gegen §§ 57 ff. AktG.....	119
a) Die Pflichten des begünstigten Aktionärs.....	119
b) Auswirkung zu Lasten der sicherungsnehmenden Bank?.....	120
c) Zwischenergebnis.....	123
§ 6 Kreditsicherung entgegen §§ 30 f. GmbHG.....	125
I. Der Verbotstatbestand des § 30 Abs. 1 GmbHG.....	125
1. Auszahlung i.S.d. § 30 GmbHG.....	125
2. Entstehung oder Vertiefung der Unterbilanz durch Auszahlung ...	126
a) Unterbilanz der GmbH.....	126
b) Beurteilungskriterien bis zum MoMiG.....	127
c) Beurteilungskriterien nach MoMiG.....	127
3. Auszahlung aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses.....	128
4. Ohne vollwertige Gegenleistungs- bzw. Rückgriffsansprüche.....	129
II. Rechtsfolge.....	130
1. Verweigerungsrecht der GmbH.....	130
2. Erstattungsanspruch der GmbH nach § 31 GmbHG.....	131
3. Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts?.....	131
4. Ausdehnung der Rechtsfolgen auf Dritte?.....	132
a) Der Rückerstattungsanspruch.....	133
b) Das Leistungsverweigerungsrecht.....	134
III. Kreditsicherung durch die Gesellschaft und die Kapitalerhaltungsregelung des § 30 GmbHG.....	135
1. Die Qualifizierung der Kreditsicherung durch die Gesellschaft im Rahmen des § 30 GmbHG.....	135
a) Kreditsicherung durch die Gesellschaft und die Auszahlung i.S.d. § 30 Abs. 1 GmbHG.....	135
b) Entstehenszeitpunkt.....	137
c) Zur Frage der Gegenleistungs- bzw. Rückgriffsansprüche i.S.d. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG.....	141
2. Die Rechtsfolgen	142
a) Der begünstigte Gesellschafter als Normadressat.....	142
b) Ausdehnung der Vorschriften auf die sicherungsnehmende	

Bank?.....	144
§ 7 Kreditsicherung durch einen Gesellschafter zugunsten der Gesellschaft und das Recht der Gesellschafterleistung.....	148
I. Kreditsicherung durch den Gesellschafter nach §§ 32a Abs. 2, 32b GmbHG a.F.....	149
1. Auswirkung auf den sicherungsgebenden Gesellschafter	149
2. Auswirkungen auf die sicherungsnehmende Bank.....	150
II. Die Kreditsicherung durch den Gesellschafter nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.....	150
1. Grundlage des (materiellen) Kapitalersatzrechts.....	151
2. Kreditsicherung durch den Gesellschafter im materiellen Kapitalersatzrecht.....	152
a) Die Qualifizierung der Kreditsicherung durch den Gesellschafter als eigenkapitalersetzende Leistung.....	152
b) Rechtsfolge aus den Rechtsprechungsgrundsätzen.....	153
III. Kreditsicherung durch den Gesellschafter nach den Neuregelungen durch das MoMiG.....	153
1. Das neue Recht der Gesellschafterleistungen im Allgemeinen.....	154
2. Die tatbeständliche Voraussetzung.....	155
a) Gesellschafter einer GmbH.....	155
b) Gewährung eines Darlehens.....	156
c) Insolvenz der Gesellschaft.....	156
3. Rechtsfolge	157
a) Nachrangigkeit der Gesellschafterforderung.....	157
b) Anfechtbarkeit der Rechtshandlung.....	157
4. Kreditsicherung durch den Gesellschafter im neuen Recht der Gesellschafterleistungen.....	158
a) Rückzahlung der Kreditforderung im letzten Jahr vor Insolvenzantragstellung durch die kreditnehmende Gesellschaft	159
b) Ohne Rückzahlung bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens	160
IV. Die Behandlung der Kreditsicherung durch den Aktionär.....	160
1. Die bisherige Behandlung vor Einführung des MoMiG.....	160
a) Anwendbarkeit des Kapitalersatzrechts auf die Aktiengesellschaft und die Rechtsgrundlage.....	160
b) Voraussetzungen der Anwendung.....	161
c) Rechtsfolge.....	162

2. Die Behandlung nach den Neuregelungen durch das MoMiG.....	162
§ 8. Die Beschränkung der Rechte der Gesellschafter und die Sicherungsgeschäfte aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses.....	164
I. Der Missbrauch der Vertretungsmacht und die Kreditsicherung durch die Gesellschaft.....	164
1. Die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung und der Missbrauch der Vertretungsmacht bei der verdeckten Gewinnausschüttung.....	164
a) Begriff und Tatbestand.....	164
b) Rechtsfolge des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch verdeckte Gewinnausschüttung.....	166
c) Ein Missbrauch der Vertretungsmacht bei der Kreditsicherung durch die Gesellschaft?.....	169
2. Das Verhältnis zwischen dem Missbrauch der Vertretungsmacht und den Kapitalerhaltungsregeln.....	171
II. Die gesellschaftliche Treuepflicht und Kreditsicherung aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses.....	172
1. Die gesellschaftliche Treuepflicht im Allgemeinen.....	172
a) Grundlage der gesellschaftlichen Treuepflicht und der Haftungsmaßstab.....	172
b) Die Fallgruppen der Treuepflichtverletzung.....	173
2. Rechtsfolgen der Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht. .	175
a) Die Verletzungsfolgen.....	175
b) Ausstreckung auf einen Dritten?.....	176
3. Die Kreditsicherung durch die Gesellschaft und die Treuepflichtsverletzung.....	177
III. Die Kreditsicherung durch die Gesellschaft und der Gleichbehandlungsgrundsatz.....	178
1. Rechtsgrundlage und tatbeständliche Voraussetzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes.....	178
2. Rechtsfolge der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes...	179
a) Prinzipielle Rechtsfolgen.....	179
b) Unwirksamkeit eines nachteiligen Rechtsgeschäfts?.....	180
3. Die Kreditsicherung durch die Gesellschaft und der Gleichbehandlungsgrundsatz.....	180
IV. Schadensersatzpflicht aus § 117 AktG und Kreditsicherung durch die Gesellschaft.....	181
1. Voraussetzung der Schadensersatzpflicht einer	

sicherungsnehmenden Bank.....	182
a) Kreditsicherung durch die Gesellschaft als schädigendes Handeln.....	182
b) Kreditsicherung durch die Gesellschaft unter Einflussnahme auf die Gesellschaft.....	182
c) Konzernverhältnis ohne Beherrschungsvertrag oder Eingliederung.....	183
2. Auswirkung auf das Sicherungsgeschäft.....	183
a) Die sicherungsnehmende Bank als Normadressat?.....	183
b) Beeinträchtigung des Sicherungsgeschäfts durch die Schadensersatzpflicht aus § 117 AktG?.....	184
3. Analoge Anwendung auf Gesellschaften mbH?.....	185
§ 9. Das Verhältnis zwischen konzernrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Regeln.....	186
I. Die gesellschaftsrechtlichen Regeln im Vertragskonzern.....	186
1. Die Kapitalerhaltungsregeln im Vertragskonzern.....	186
a) Die Anwendbarkeit von §§ 57, 58, 60 AktG auf die Kreditsicherung durch die Tochtergesellschaft im Vertragskonzern	186
b) Die Anwendbarkeit von §§ 30, 31 GmbHG.....	187
2. Das Recht der Gesellschafterleistung im Vertragskonzern.....	189
3. Die Beschränkungen der Rechte der Gesellschafter im Vertragskonzern.....	189
a) Der Missbrauch der Vertretungsmacht.....	189
b) Die Treuepflicht	190
c) Der Gleichbehandlungsgrundsatz.....	192
d) § 117 AktG.....	192
II. Die gesellschaftsrechtlichen Regeln im faktischen Konzern.....	192
1. Die Kapitalerhaltungsregeln im faktischen Konzern.....	192
a) Die Anwendbarkeit der §§ 57, 62 AktG.....	193
b) Die Anwendbarkeit von §§ 30, 31 GmbHG.....	194
2. Das Recht der Gesellschafterleistungen im faktischen Konzern....	196
3. Die Beschränkungen der Rechte der Gesellschafter im faktischen Konzern.....	197
a) Der Missbrauch der Vertretungsmacht.....	197
b) Die Verletzung der Treuepflicht.....	198
c) Der Gleichbehandlungsgrundsatz.....	199
d) § 117 AktG.....	200

III. Die gesellschaftsrechtlichen Regeln und die	
Existenzvernichtungshaftung.....	201
1. Die Kapitalerhaltungsregeln und die Existenzvernichtungshaftung	
.....	201
2. Das Recht der Gesellschafterleistung und die	
Existenzvernichtungshaftung.....	202
3. Die Beschränkungen der Rechte der Gesellschafter und die	
Existenzvernichtungshaftung.....	203
Kapitel 3: Die wichtigsten Fallgruppen der Sicherheitenbestellung im Konzern.....	205
§ 10 Besicherung eines Kredits an die Muttergesellschaft durch untergeordnete	
Konzerngesellschaften – Upstream-Besicherung.....	205
I. Kreditsicherung durch eine Tochtergesellschaft.....	205
1. Die Haftung des herrschenden Unternehmens.....	205
a) Im Vertragskonzern.....	205
b) Im faktischen Konzern.....	207
2. Die Wirksamkeit des Sicherungsgeschäfts.....	209
a) Keine Auswirkung der konzernrechtlichen Regelungen.....	209
b) Eventuelle Auswirkung der gesellschaftsrechtlichen Regelung	
.....	210
c) Die eventuelle Auswirkung aus dem bürgerlichen Recht.....	211
II. Kreditsicherung durch eine Enkelgesellschaft zugunsten der	
Muttergesellschaft.....	212
1. Das Verhältnis zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft..	213
a) Ausgangspunkt.....	213
b) Mit Veranlassung der Tochtergesellschaft beim Bestehen eines	
Unternehmensvertrags zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft	
.....	213
c) Mit Veranlassung der Tochtergesellschaft ohne	
Unternehmensvertrag zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft	
.....	213
2. Das Verhältnis zwischen der Mutter- und der Enkelgesellschaft..	214
a) Beim Bestehen eines Unternehmensvertrags zwischen der	
Mutter- und Enkelgesellschaft.....	214
b) Ohne Unternehmensvertrag zwischen der Mutter- und	
Enkelgesellschaft.....	215
3. Das Verhältnis zwischen der Muttergesellschaft und der	
Tochtergesellschaft.....	216
§ 11. Kreditsicherung durch die Muttergesellschaft – Downstream-Besicherung	

.....	217
I. Besicherung eines Kredits an eine Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft.....	217
1. Die Rechtsordnung im Allgemeinen.....	217
2. Die Rechtsbehandlung nach dem neuen Eigenkapitalersatzrecht.	217
3. Sittenwidrigkeit der Veranlassung zur Rückzahlung des Drittdarlehens?.....	218
II. Besicherung eines Kredits an eine Enkelgesellschaft durch die Muttergesellschaft.....	219
1. Das Rechtsverhältnis zwischen Mutter- und Enkelgesellschaft.....	219
2. Das Verhältnis zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft.....	220
a) Beim Bestehen eines Beherrschungsvertrags zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft.....	220
b) Ohne Beherrschungsvertrag zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft.....	220
3. Das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft.....	221
§ 12. Besicherung eines Kredits an eine Tochtergesellschaft durch eine andere Schwestergesellschaft – Sidestream-Besicherung.....	222
I. Die horizontale Unternehmensverbindung im Allgemeinen.....	222
1. Der Begriff des Gleichordnungskonzerns.....	222
2. Sidestream-Besicherung in der horizontalen Unternehmensverbindung.....	223
a) Rechtsbehandlung im Gleichordnungskonzern	223
b) Probleme der Sidestream-Besicherung in der horizontalen Unternehmensverbindung.....	224
II. Das Verhältnis zwischen Mutter und besichernder Tochter.....	225
III. Das Verhältnis zwischen Mutter und begünstigter Tochter.....	226
1. Qualifizierung der Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter als Gesellschafterleistung i.S.d neuen Rechts der Gesellschafterleistungen.....	226
2. Gegenstände des neuen Rechts der Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter.....	227
3. Verpflichtung der Mutter bei der Sidestream-Besicherung?.....	227
IV. Die Rechtsverhältnisse zwischen beteiligten Schwestergesellschaften.....	228
1. Ohne Bestehen einer gemeinsamen Muttergesellschaft.....	229
2. Beim Bestehen einer gemeinsamen Muttergesellschaft.....	229
a) Meinungsstand.....	229
b) Stellungnahme.....	230

c) Rechtsbeziehung zwischen den Schwestergesellschaften bei Sidestream-Besicherung.....	230
V. Fazit.....	233
§ 13 Patronatserklärungen.....	235
I. Patronatserklärungen in der Praxis.....	235
1. Die Gründe für die Abgabe und Akzeptanz von Patronatserklärungen	235
2. Der Begriff der Patronatserklärung.....	236
II. Die weichen Patronatserklärungen.....	237
1. Die Bedeutung und die Rechtsnatur von weichen Patronatserklärungen.....	237
2. Die praxisüblichen Formulierungen der weichen Patronatserklärungen.....	237
a) Rechtlich unverbindliche Erklärungen ohne Haftungsfolge:..	237
b) Auskunftsvertrag:	238
c) Übernahme von Handlungs- oder Unterlassungspflichten: .	238
d) Erklärung über die Aufrechterhaltung der Beteiligung:.....	238
3. Der Verpflichtungsinhalt des Patrons bei den weichen Patronatserklärungen und die Rechtsfolgen.....	239
a) Keine Verpflichtung des Patrons bei den rechtlich unverbindlichen Erklärungen ohne Haftungsfolge:.....	239
b) Auskunftspflicht:	240
c) Übernahme von Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten....	242
d) Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Beteiligung an der Tochtergesellschaft.....	245
III. Die harten Patronatserklärungen.....	248
1. Die praktische Bedeutung und Formulierung der harten Patronatserklärungen.....	248
2. Die Rechtsnatur der harten Patronatserklärungen.....	248
a) Der rechtsgeschäftliche Charakter der harten Patronatserklärungen.....	248
b) Anspruch der Tochtergesellschaft aus der harten Patronatserklärung?.....	249
3. Die Haftung des Patrons.....	250
a) Ausstattungspflicht oder Einstandspflicht?.....	250
b) Meinungen gegen einen Anspruch auf direkte Zahlung an das Kreditinstitut.....	252
c) Meinungen für einen Anspruch auf Direktzahlung an das	

Kreditinstitut.....	254
d) Stellungnahme.....	255
IV. Die gesellschafts- bzw. konzernrechtlichen Auswirkungen auf die Patronatserklärungen.....	256
1. Die Patronatserklärung im Gesellschaftsrecht.....	256
a) Die Auswirkung auf die die Patronatserklärung empfangende Bank.....	257
b) Die Auswirkung auf die Patronin.....	257
2. Die Patronatserklärungen im Konzernrecht.....	258
a) Ausgangsfrage.....	258
b) Die Patronatserklärungen und der Anspruch auf Sicherheitsleistung gem. § 303 AktG.....	259
c) Der Sonderfall bei Vermögenslosigkeit der Tochtergesellschaft	260
§ 14 Zusammenfassung.....	262
Literaturverzeichnis.....	293

§ 1 Einleitung

I. Kreditsicherung in der Praxis der Konzernfinanzierung

1. Die konzernexterne Kreditierung durch eine Bank als wichtige Finanzierungsquelle des Konzerns

a) Die Finanzierung der selbstständigen Unternehmen

Der für ein Unternehmen erforderliche Finanzbedarf kann durch Eigenkapital oder Fremdkapital¹ gedeckt werden. Denn für das Startkapital der einzelnen Gesellschaften wird gesetzlich nur ein Mindestgarantiekapital von 50 000 Euro für eine Aktiengesellschaft (§ 7 AktG) und 25 000 Euro für eine GmbH (§ 5 Abs. 1 GmbHG) bestimmt. In der Praxis sind viele Gesellschaften nicht mit angemessenem Eigenkapital ausgestattet, insbesondere nach der Einführung der Unternehmergesellschaft durch das MoMiG (§ 5a Abs. 1 GmbHG n.F.), die mit Stammkapital niedriger als 25 000 Euro gegründet werden kann. Dabei taucht die Problematik der Unterkapitalisierung auf,² die hier jedoch nicht weiter behandelt wird. Zur Finanzierung der Unternehmung wird deswegen auch häufig Fremdkapital aufgenommen, wie z.B. durch Kreditgewährung der Banken. Gegenüber dem Kreditnehmer nehmen die Banken eine Gläubigerstellung ein, damit sie einen Anspruch auf Zins- und Tilgungszahlungen haben. Entscheidend für die Gewährung des Kredits ist deshalb in erster Linie die Kreditwürdigkeit der kreditnehmenden Gesellschaft, wobei insbesondere auf deren Ertrags- und Finanzkraft abzustellen ist. Zur Gewährleistung des Anspruchs auf Kreditrückzahlung werden u.U. Sicherheiten für den Kredit verlangt³.

b) Die dezentrale Konzernfinanzierung

Anders als bei der selbstständigen Gesellschaft unterliegt die Finanzierung des Konzerns meist der Konzernleitung. Während die Entscheidungen über die Finanzierung des gesamten Konzerns in der Regel zentral von der Konzernspitze getroffen werden, können die konkreten Finanzierungsmaßnahmen der einzelnen

¹ Zur Definition vgl. z.B. K. Schmidt, GesR., 4. Aufl., §18 II. 2, S. 515.

² Allgemein dazu vgl. K. Schmidt, GesR., 4. Aufl., §18 II. 4, S. 523 ff.

³ Scheffler, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, § 20, Rz. 20.5.

Gesellschaften, etwa die Investitionen, Art und Umfang der Fremdfinanzierung sowie die Beschaffung von Fremdkapital, von den jeweiligen Tochterunternehmen entschieden und durchgeführt werden (dezentralisierte Konzernfinanzierung)⁴. Eine dezentrale Kreditaufnahme kommt häufig vor, wenn das Kreditpotential der Obergesellschaft erschöpft ist, während die Untergesellschaft noch kreditwürdig ist. Für die dezentrale Kreditaufnahme spricht außerdem auch die Überlegung der Risikosegmentierung⁵. Organisatorisch können durch eine dezentrale Führungsorganisation die Flexibilität und Anpassungsfähigkeit des Gesamtkonzerns erhöht sowie schnelle, marktnahe Entscheidungen ermöglicht werden⁶. Dabei bestimmt die Konzernleitung lediglich über die Eigenkapitalausstattung sowie über die Gewinnverwendung der Tochterunternehmen⁷. Darüber hinaus muss die Konzernleitung regelmäßig den Liquiditäts- und Verschuldungsgrad des Konzerns kontrollieren, um das Finanzierungsrisiko des Konzerns und der Obergesellschaft im Griff zu behalten⁸. Bezüglich der Aufnahme der konzernexternen Kredite tritt jedes einzelne Konzernunternehmen entsprechend seinem Kreditbedarf rechtlich als Kreditnehmer auf,⁹ die Konzernleitung ist jedoch für die Abstimmung des konzernweiten Verfügungsrahmens von Kreditlinien, für die Realisierung der Konditionsvorteile und gegebenenfalls zur Erleichterung der Finanztransaktionen der Tochtergesellschaften für die Abgabe der Kreditsicherheiten, Konzernbürgschaften oder Patronatserklärungen zuständig¹⁰.

c) Die zentrale Konzernfinanzierung

Nicht selten ist in der Praxis die sog. zentralisierte Konzernfinanzierung vorzufinden. Anders als bei der dezentralisierten Konzernfinanzierung werden hierbei neben den Entscheidungen über die Eigenkapitalausstattung und Gewinnverwendung der Untergesellschaft auch die Entscheidungen über die Investition bzw. Beteiligung sowie die konzernexterne und -interne Fremdfinanzierung¹¹ durch die Konzernleitung getroffen.¹² Bei dem zentralen Kreditmanagement sind durch eine Bündelung der

⁴ Vgl. Obermeier, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 5 Rz. 5.13.

⁵ Maier-Reimer, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16, Rn. 16.1.

⁶ Obermeier, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 5 Rz. 5.13.

⁷ Lutter/Scheffler/Schneider, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 1, Rn. 1.66; Obermeier, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 5 Rz. 5.13; vgl. auch Rudolph, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 2, Rn. 2.6.

⁸ Lutter/Scheffler/Schneider, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 1, Rn. 1.66; Obermeier, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 5 Rz. 5.13.

⁹ Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.26.

¹⁰ Rudolph, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 2, Rn. 2.6.

¹¹ Vgl. Lutter/Scheffler/Schneider, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 1, Rn. 1.67 und 73.

¹² Obermeier, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 5 Rz. 5.10.

Kreditnachfrage des Gesamtkonzerns günstigere Kreditkonditionen zu erzielen¹³. Unter Umständen kann der Einsatz einer Sicherheit unterbleiben.¹⁴ Nimmt die Muttergesellschaft für die gesamte Gruppe einen einheitlichen Kredit auf, könnte sie im Rahmen der zentralen Konzernfinanzierung Teile der Kreditsumme als normales Gesellschafterdarlehen an die Tochtergesellschaften weiterreichen und sich von diesen auch Sicherheiten bestellen lassen.¹⁵

Durch die konzernexterne Finanzierung werden dem Konzern liquide Mittel zur Deckung seines Finanzbedarfs zugeführt. Diese Finanzmittel können durch die Muttergesellschaft (auch als Holding) oder durch eine speziell hierfür vorgesehene Finanzierungstochtergesellschaft aufgenommen und konzernintern entsprechend den Erfordernissen der einzelnen Gesellschaften als Eigenkapital oder konzerninternes Darlehen weitergeleitet werden.¹⁶ Dabei ist das konzernextern aufgenommene Fremdkapital konzernintern nicht nur als Eigenkapital, sondern auch als Fremdkapital zu qualifizieren, so dass eine wechselseitige Beteiligungs- oder Kreditfinanzierung der Konzerngesellschaften erfolgt. Dies führt zu dem Phänomen, dass in mehrstufigen Konzernen eine Eigenkapitalpyramide oder Kreditpyramide aufgebaut werden könnte.¹⁷

2. Der Bedarf an Kreditsicherung wegen Risiken bei der konzernexternen Kreditierung

a) Die Risiken der Kreditgewährung an die Obergesellschaft

Für die Kreditgewährung an Konzernunternehmen bestehen einige Risiken, die sich bei einer groben Unterscheidung zunächst danach beurteilen lassen, ob die Obergesellschaft für sich selbst und zur Finanzierung der Konzerngesellschaften Kredit aufnimmt oder ob abhängige Konzerngesellschaften selbst Kreditnehmer sind¹⁸. Trotz der Schutzmechanismen aus Zivil-, Gesellschafts- und sogar

¹³ Lutter/Scheffler/Schneider, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 1, Rn. 1.74; Obermeier, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 5 Rz. 5.11; Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkung des MoMiG auf bestehende GmbHs, 1. Aufl., § 6, Rn. 141, 143.

¹⁴ Lutter/Scheffler/Schneider, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 1, Rn. 1.74.

¹⁵ Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkung des MoMiG auf bestehende GmbHs, 1. Aufl., § 6, Rn. 141.

¹⁶ Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.26; Steiner, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 15, Rz. 15.3; in der Literatur wird von „internem“ Kapitalmarkt gesprochen, vgl. auch Rudolph, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 2, Rn. 2.6 m.w.N.

¹⁷ Rudolph, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 2, Rn. 2.17 m.w.N.

¹⁸ Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.2; Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, S. 7.

Konzernrecht kann der Kreditgeber solche Risiken nicht sämtlich ausschließen, so dass man sie durch eine vertraglich vereinbarte Kreditsicherung zu überwinden versuchen mag.

Die Weiterleitung der von der Obergesellschaft durch externe Fremdfinanzierung aufgenommenen Finanzmittel an die Untergesellschaften kann im Konzern ökonomische Sondereffekte¹⁹ verursachen. Zu den Sondereffekten gehören der Tresoreffekt, der Metamorphoseneffekt, der Teleskopeffekt und der Pyramideneffekt. Unter dem Tresoreffekt versteht man, dass die Gewinne bei den Konzernunternehmen thesauriert werden und beim herrschenden Unternehmen nicht ankommen. Als Metamorphoseneffekt bezeichnet man den Fall, in dem ein Konzernunternehmen sein Eigenkapital verwendet, um einem anderen Konzernunternehmen ein Darlehen zu gewähren. So verzichtet es auf zinsfreie Mittel und belastet sein Eigenkapital mit dem Kreditrisiko. Durch die Beteiligung einer Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft entsteht eine teilweise oder eine vollständige Eigenkapitalpyramide („Teleskopeffekt“). Es kann aufgrund dieser Eigenkapitalpyramide eine Kredit- bzw. Kreditsicherheitenpyramide entstehen, wenn die einzelnen Unternehmen Kredite aufnehmen und die Kreditsumme dann mehrfach als Kreditunterlage oder als Unterlage für Kreditsicherheiten verwendet wird.

Für den externen Kreditgeber stellt dies besonders aufgrund der strukturellen Nachrangigkeit²⁰ ein Risiko dar. Denn rechtlich sind alle Konzerngesellschaften selbstständig, kann der Gläubiger der Obergesellschaft unmittelbar nur auf deren eigenes Vermögen und die von ihr selbst erwirtschafteten Erträge zugreifen. Werden die durch die konzernexterne Kreditgewährung beschaffenen Finanzmittel in Form von Eigenkapital an die Untergesellschaften weitergeleitet, unterliegen dem Zugriff des Gläubigers nur diese Beteiligungen, nicht aber das Vermögen der Tochtergesellschaften²¹. Dabei kann der Gläubiger die Beteiligung pfänden und zum Zwecke der Befriedigung zwangsversteigern lassen. In der Insolvenz der Untergesellschaft werden zuerst ihre Gläubiger befriedigt, während der Bank als Gläubigerin der Obergesellschaft für den unmittelbaren Zugriff nur der Beteiligungswert offensteht²². Die hier genannte Beteiligung bezieht sich auch nur auf die unmittelbar nachgeordneten Tochtergesellschaften²³. Ein unmittelbarer Zugriff auf Beteiligungen der Tochtergesellschaft an den Enkelgesellschaften oder weiter

¹⁹ Uwe H. Schneider, ZGR 1984, 497, 501 ff.

²⁰ Zur Begriffsbildung s. Uwe H. Schneider, ZGR 1984, 497, 503.

²¹ Maier-Reimer, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16, Rz. 16.3, 16.7; Uwe H. Schneider, ZGR 1984, 497, 503; Schön, ZHR 159 (1995), 351, 352, Peltzer, GmbHHR 1995, 15 f.

²² Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rz. 17.15.

²³ Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rz. 17.15.

nachgeordneten Gesellschaften steht ihr überhaupt nicht zu²⁴.

Werden die durch konzernexterne Fremdfinanzierung beschaffenen Mittel durch die Kreditgewährung der Muttergesellschaft an eine Tochtergesellschaft weitergeleitet, könnte dabei für die Bank auch das Risiko der strukturellen Nachrangigkeit unter Berücksichtigung der verdeckten Einlage bestehen²⁵. Tritt die Muttergesellschaft der Bank die Darlehensansprüche gegen die Tochtergesellschaft ab, steht die Bank der Muttergesellschaft gleich und ist gegenüber den Gläubigern der Tochtergesellschaft nachrangig²⁶.

b) Die Risiken der Kreditgewährung an die Untergesellschaft

Da der Konzern keine juristische Einheit, sondern ein Verbund rechtlich selbstständiger Unternehmen ist, von denen jedes für sich Träger von Rechten und Pflichten ist, wirkt das im allgemeinen Gesellschaftsrecht geltende Trennungsprinzip auch im Konzernverhältnis fort²⁷. Danach haften für die Verbindlichkeiten der einzelnen Konzerngesellschaften regelmäßig nur diese, nicht dagegen die anderen Konzernunternehmen (Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG, § 13 Abs. 2 GmbHG). Ein allgemeiner Haftungsdurchgriff im Konzern existiert nicht²⁸. Insofern erstreckt sich der Zugriff der Tochtergläubiger nur auf die häufig geringere Vermögensmasse der Untergesellschaft und nicht auf das gesamte Vermögen der Obergesellschaft oder des Konzerns²⁹. Unter der Überlegung der Haftungssegmentierung kann die Konzernmutter durch die Ausübung ihrer Leitungsmacht³⁰ die Untergesellschaft zu riskanten Geschäften veranlassen, um die Risiken auf die Untergesellschaft zu verlagern. Dadurch wird das Vermögen der Untergesellschaft zu Lasten von deren Gläubigern gefährdet³¹.

Darüber hinaus besteht bei der Unternehmenskonzentration noch eine Gefahr der Minderung der Kreditunterlage durch den fremden Einfluss auf die Untergesellschaft, der sie zu sog. nachteiligen Maßnahmen oder Geschäften veranlassen kann³². Ein

²⁴ Maier-Reimer, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16, Rz. 16.7.

²⁵ Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rz. 17.13, 17.16; vgl. auch Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, S. 13.

²⁶ Vgl. auch Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.16.

²⁷ Vgl. Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, 7. Aufl., 2001, § 20 IV 1, S. 287; Krieger, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 4, Rn. 4.1.

²⁸ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 20 IV 1, S. 287 m.w.N.

²⁹ Maier-Reimer, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16, Rz. 16.10.

³⁰ Vgl. Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rz. 17.4, 17.7.

³¹ Vgl. Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rz. 17.10.

³² Vgl. Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, S. 7.

typischer Fall davon ist die Vermögensverschiebung durch die sog. verdeckte Gewinnausschüttung³³, wobei Vermögensvorteile durch die Leistungen aufgrund eines Rechtsgeschäftes mit der Obergesellschaft bzw. durch ihre Veranlassung mit anderen Konzernunternehmen ohne angemessene Gegenleistung für die Untergesellschaft entstehen. Auch ohne nachteilige Geschäfte kann eine Vermögensverschiebung aufgrund einer einheitlichen Finanzführung, wie etwa im Falle eines konzernweiten Cash Managements, bestehen. Solch eine Vermögensverschiebung ist im Konzern möglicherweise ökonomisch sinnvoll oder sogar notwendig³⁴. Sie ist jedoch für den Gläubiger, z.B. einem Kreditgeber, kaum zu kontrollieren, so dass er nicht davon ausgehen kann, dass der einmal im Zeitpunkt der Kreditgewährung gegebene Finanzstand der Tochter erhalten bleibt.

c) Überwindung der Risiken durch Sicherheitenbestellung

aa) Die Bedarfssituationen bezüglich der Besicherung bei der Kreditgewährung an Konzernunternehmen

(1) Kreditsicherung zur Überwindung der Risiken aus der strukturellen Nachrangigkeit:

Bei der Kreditgewährung durch einen konzernfremden Kreditgeber an die Konzernmutter kann der Kreditgeber zwar die Darlehensforderung der Obergesellschaft gegen die Untergesellschaft pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, wenn die Obergesellschaft die konzernextern beschaffenen Finanzmittel durch Darlehen an die Untergesellschaft weitergeleitet hat. Insofern ist die Stellung des Gläubigers der Konzernmutter gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft ebenfalls nachrangig³⁵. Handelt es sich bei der Muttergesellschaft aber lediglich um eine Gesellschaft mit Holdingfunktion, stehen dem Zugriff des Kreditgebers der Muttergesellschaft nur die meist schwer realisierbaren Beteiligungen zur Verfügung³⁶. In diesem Fall besteht eine absolute strukturelle Nachrangigkeit. Aus Sicht des Muttergläubigers ist deshalb die Übernahme einer Mithaftung oder die Gewährung dinglicher Sicherheiten durch die anderen Konzerngesellschaften zur Überwindung des strukturellen Nachranges ein naheliegendes Mittel.³⁷ In der Praxis ist dies für günstige Kreditkonditionen, oder sogar für die Kreditgewährung

³³ Beispiele dafür vgl. Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, S. 7; Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rz. 17.12.

³⁴ Maier-Reimer, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16, Rz. 16.4.

³⁵ Maier-Reimer, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16, Rz. 16.8.

³⁶ Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rz. 17.15.

³⁷ Maier-Reimer, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16, Rz. 16.15; vgl. auch Peltzer, GmbHR, 1995, 15, 16, 21 ff.

überhaupt, häufig notwendig.³⁸

(2) Kreditsicherung zur Überwindung der Risiken aus der Haftungssegmentierung: Bei konzernexterner Kreditgewährung an eine Untergesellschaft besteht für den Kreditgeber das Risiko, dass sich die Kreditunterlage der Untergesellschaft durch Vermögensverschiebung an andere Konzernunternehmen oder durch riskante Geschäfte vermindert. Die Lage des Kreditgebers kann sich verbessern, wenn auch andere Konzerngesellschaften für die Kreditschulden der Tochtergesellschaft einstehen. Wegen des Trennungsprinzips steht dem Tochtergläubiger ein Zugriff auf das Vermögen der anderen Konzernunternehmen nicht zu, abgesehen von den Ausnahmefällen des Haftungsdurchgriffs. Auch die gesellschafts- bzw. konzernrechtlichen Regeln zum Schutz des (Tochter-)Gesellschaftsvermögens bieten im Prinzip keine Möglichkeit zum unmittelbaren Zugriff auf das Vermögen der Muttergesellschaft. Die Einbeziehung anderer Konzerngesellschaften in den Haftungsverbund ist jedoch auf rechtsgeschäftlichem Wege jederzeit möglich³⁹. Als Mittel hierzu kommen neben typischen Sicherungsgeschäften, wie der Stellung dinglicher Sicherheiten, der Übernahme von Bürgschaften (§ 765 BGB) und Garantien (§ 305 BGB) oder der Vereinbarung eines Schuldbeitritts, in der Praxis namentlich Patronatserklärungen, Organschaftserklärungen und Liquiditätszusagen, in Betracht⁴⁰. Dies erleichtert die Finanztransaktionen der Tochtergesellschaften. Insbesondere werden Kredite an die Untergesellschaft in der Regel nur mit der Gewährleistung der Obergesellschaft gewährt, wenn es sich dabei um eine reine Finanzierungsgesellschaft handelt⁴¹.

bb) Die Vorgänge der Sicherheitenbestellung für Kredite an Konzernunternehmen

Bei der Besicherung der konzernexternen Kredite an Konzernunternehmen. Dafür können Sicherheiten im Konzern zentral oder dezentral bestellt werden. Während die kreditnehmende Konzerngesellschaft bei der dezentralen Kreditsicherung selbst dingliche Sicherheiten oder Personalsicherheiten bestellt, wird bei der zentralen Kreditsicherung die Besicherung der externen Kredite an der Konzernspitze bestimmt, wobei sie durch die anderen verbundenen Unternehmen der kreditnehmenden Gesellschaft bestellt werden kann⁴². Dies steht der zentralen oder dezentralen

³⁸ Vgl. Maier-Reimer, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16, Rz. 16.15.

³⁹ Vgl. BGH NJW 1998, 2593 = AG 1998, 342; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 20 IV 1, S. 287.

⁴⁰ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 20 IV 2, S. 288; Krieger, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 4, Rz. 4.6; vgl. auch Rudolph, in: Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, § 2 Rz. 2.6.

⁴¹ Maier-Reimer, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16, Rz. 16.12, 16.13.

⁴² Vgl. Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.27;

Konzernfinanzierung nicht spiegelbildlich gegenüber⁴³. Besondere Probleme treten bei der Drittbesicherung durch die anderen verbundenen Unternehmen auf, die sich in drei Fallgruppen unterscheiden;⁴⁴

- Upstream-Besicherung: Davon spricht man, wenn die Kreditaufnahme der Obergesellschaft durch die Untergesellschaften abgesichert wird. Die Sicherungsgeberin kann eine Tochter oder im mehrstufigen Konzern eine Enkelgesellschaft sein. Solche Upstream-Besicherung kommt typischerweise im Fall des Management bzw. Leveraged Buy Out in Betracht, wobei es sich um fremdfinanzierte Unternehmenskäufe handelt, im Rahmen derer häufig die (Ziel-)Gesellschaft Sicherungsrechte an eine Bank vergibt, die dem Anteilserwerber einen Akquisitionskredit gewährt hat.⁴⁵
- Downstream-Besicherung: Hierbei handelt es sich um einen konzernexternen Kredit an eine Untergesellschaft, also an die Tochtergesellschaft oder im mehrstufigen Konzern die Enkelgesellschaft, der durch die Konzernmutter gesichert wird. In diesem Fall wird die Bonität der kreditnehmenden Untergesellschaft nach der Kreditwürdigkeit der Mutter beurteilt⁴⁶. In der Praxis geläufig ist die von der Muttergesellschaft abgegebene „harte Patronatserklärung“.⁴⁷
- Sidestream-Besicherung⁴⁸: Gemeint ist die Sicherung des von einer Konzerngesellschaft aufgenommenen Kredits durch eine auf gleicher Stufe stehenden konzernangehörigen Schwestergesellschaft. In diese Fallgruppe gehören die Besicherung von Krediten an eine Finanzierungstochtergesellschaft durch Schwestergesellschaften⁴⁹ sowie im Fall der Betriebsaufspaltung die Besicherung von Krediten an eine Betriebsgesellschaft durch eine Schwester-Besitzgesellschaft⁵⁰.

cc) Die konzerntypischen Sicherheiten

In der Praxis der externen Konzernfinanzierung unterscheiden sich die Arten der Kreditsicherheiten bei Upstream-, Downstream- und Sidestream-Besicherung.

Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 390.

⁴³ Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.27.

⁴⁴ Vgl. Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.25.

⁴⁵ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Auflage, 2011, § 90 Rn. 383 m.w.N.; Ekkenga, in: Münchener Kommentar GmbHG, 1. Aufl., 2010, § 30, Rn. 176; Oechsler, in: MünchKommAktG, 3. Auflage 2008, Rn. 2; Messer, ZHR 159 (1995), 375, 376; Peltzer/Bell, ZIP 1993, 1757 m.w.N. Zu MBO-typischen Sachverhalten vgl. auch Peltzer, DB 1987, 973.

⁴⁶ Messer, ZHR 159 (1995), 375, 379.

⁴⁷ Messer, ZHR 159 (1995), 375, 379.

⁴⁸ Auch Cross-stream; siehe Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, S. 97.

⁴⁹ Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.28

⁵⁰ Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.28, 17.62 ff.; Messer, ZHR 159 (1995), 375, 377.

Während bei Upstream- sowie bei Sidestream-Besicherung dingliche Sicherheiten wie Grundpfandrechte, Zessionen und bewegliche Sachen im Vordergrund stehen, die den banküblichen Sicherheiten entsprechen, beruht die Downstream-Besicherung vor allem auf Personalsicherheiten (z.B. Garantie, Bürgschaft und Mithaftung) und atypischen Sicherheiten wie Patronatserklärungen, Organschaftsreverse und Negativerklärung. Die seltener vorkommenden Sidestream-Besicherungen beruhen wiederum eher auf banküblichen Sicherheiten als auf der Vereinbarung atypischer Sicherheiten⁵¹.

dd) Grundzüge der Rechtsgeschäfte bei der Kreditsicherung

(1) Die Rechtsgeschäfte bei der Kreditsicherung: Bei Rechtsgeschäften bezüglich einer Kreditsicherung ist zwischen dem Sicherungsvertrag und dem Sicherstellungsvertrag zu unterscheiden.⁵² Während der Sicherungsvertrag die Pflicht zur Bestellung und Belassung von Sicherheiten begründet, ist der Sicherstellungsvertrag ein Rechtsakt, der das Sicherungsrecht unmittelbar entstehen lässt. Der Rechtsnatur nach ist der Sicherungsvertrag ein schuldrechtlicher, im BGB nicht geregelter Vertrag.⁵³ Der Sicherstellungsvertrag wiederum ist je nach Art des Sicherungsrechts unterschiedlich zu beurteilen. Bei der Bürgschaft beispielsweise ist der Sicherstellungsvertrag rein schuldrechtlicher Natur und bei anderen Sicherheiten – z.B. bei Bestellung eines Pfandrechts, bei Übertragung einer Sache oder einer Forderung zur Sicherheit – bedarf es einer dinglichen Rechtsänderung, wozu ein dingliches Verfügungsgeschäft erforderlich ist.⁵⁴ Bei einem Sicherstellungsgeschäft muss nicht notwendigerweise ein Sicherungsvertrag geschlossen werden; z.B. gibt es keinen Sicherungsvertrag, wenn ein Bürgschaftsvertrag zwischen Bürge und Gläubiger geschlossen wird, ohne dass die Beibringung der Bürgschaft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner abgesprochen war.⁵⁵

(2) Die Beteiligten bei Rechtsgeschäften bei der Kreditsicherung: Beim Sicherungsvertrag ist der Kreditgläubiger in jedem Falle eine Partei des Vertrags. Der andere Partner des Sicherungsvertrages kann sowohl der Kreditnehmer als auch der Dritte (Sicherungsgeber) sein. Soll die Sicherheit von einem Dritten (Interzedenten) zur Verfügung gestellt werden, so ist dieser zweifelsfrei Partner der dinglichen Einigung, allerdings nicht unbedingt Partner des Sicherungsvertrags.⁵⁶ Parteien des Sicherstellungsvertrags sind dann der Sicherungsgeber, der die Sicherheit bestellt, und

⁵¹ Merkel, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.61. Ausführliches über die einzelnen Kreditsicherheiten, s. eben da Rn. 17.61.

⁵² Vgl. vor allem, Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 173 ff.

⁵³ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 178.

⁵⁴ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 191.

⁵⁵ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 177.

⁵⁶ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 259.

der Sicherungsnehmer, dem sie bestellt wird.⁵⁷ Während bei den akzessorischen Sicherheiten Sicherungsnehmer und Gläubiger stets eine Person sein müssen, können diese bei den nicht-akzessorischen Sicherheiten unterschiedlich sein. Ebenso brauchen Sicherungsgeber und Schuldner nicht personengleich zu sein. Leistet der Sicherungsgeber mit seinem Vermögen Sicherheit für die Verbindlichkeiten eines anderen, spricht man von Interzession.⁵⁸ Dies ist im Fall der Kreditsicherung im Konzern häufig der Fall, indem ein Konzernunternehmen Darlehen von konzernexternen Kreditinstituten aufnimmt und andere Konzernunternehmen dafür Sicherheiten bestellen.

(3) Das Verhältnis zwischen den Beteiligten beim Sicherstellungsvertrag im Fall der Interzession: Der Sicherungsgeber kann zunächst gemäß § 670 BGB von dem Schuldner Erstattung des Betrages verlangen, den der Sicherungsgeber im Sicherungsfall an den Sicherungsnehmer zahlen muss.⁵⁹ Ferner kann ggf. dem Sicherungsgeber ein Kündigungsrecht eingeräumt werden. Ist der Sicherstellungsvertrag rein schuldrechtlicher Natur (z.B. bei der Bürgschaft), wird sich eine Kündigung des Sicherungsvertrages gemäß §§ 242, 314 BGB auch auf das Sicherstellungsgeschäft beziehen,⁶⁰ wobei man nach Kündigung aufgrund Zeitablaufs und aus wichtigem Grund unterscheidet.⁶¹ Ein dinglich wirkender Sicherstellungsvertrag kann von dem Sicherungsgeber gekündigt werden (vgl. § 1193 Abs. 1 Satz 2 BGB), falls er zugleich die Fälligkeit der gesicherten Forderung herbeiführen darf (vgl. z.B. §§ 489, 490 Abs. 2 BGB).⁶² Darüber hinaus kann der Sicherungsgeber von dem Schuldner verlangen, dass er ihn von der Haftung gegenüber dem Sicherungsnehmer freistellt (z.B. § 775 BGB), wenn er zulässigerweise sein Kreditengagement gegenüber dem Schuldner gekündigt hat.⁶³

d) Der Sonderfall der Akquisitionsfinanzierung

Einen Sonderfall der Konzernfinanzierung stellt die Finanzierung der Unternehmensakquisition dar. In dem typischen Fall des Leveraged Buy Out (LBO)

⁵⁷ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 260.

⁵⁸ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 262.

⁵⁹ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 265 m.w.N.

⁶⁰ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 188a, 255.

⁶¹ Das Sicherungsverhältnis kann bei Sicherheit ohne zeitliche Beschränkung nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums oder bei einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Zukunft gekündigt werden, s. Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 188a, 273 m.w.N.

⁶² Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 188a, 255; vgl. auch, Ekkenga, Kapitalerhaltung, in: Münchener Kommentar GmbHG, 1. Aufl., 2010, § 30, Rn. 255 m.w.N.

⁶³ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 265 m.w.N.; vgl. auch, Ekkenga, Kapitalerhaltung, in: Münchener Kommentar GmbHG, § 30, Rn. 255.

soll der Kaufpreis für den Erwerb der Geschäftsanteile einer anderen Gesellschaft von einer Bank finanziert und der Darlehensrückzahlungsanspruch von der zu übernehmenden Gesellschaft – z.B. durch Grundpfandrechte auf ein ihr gehörendes Grundstück - gesichert werden,⁶⁴ insbesondere wenn dafür von dem Investor ein Akquisitionsvehikel gegründet wird, das über keine nennenswerten Vermögensgüter verfügt.⁶⁵ Nicht selten gibt die Zielgesellschaft bei anderen Formen der Akquisitionsfinanzierung der Erwerbergesellschaft zusätzlich ein Darlehen zur Bedienung der Verbindlichkeiten gegenüber den Banken.⁶⁶ Hierbei stellt sich die Frage der Upstream-Besicherung einerseits und des Upstream-Darlehens andererseits.

II. Ausgangsfragen

Die Problematik der Sicherheitenbestellung durch eine Konzerngesellschaft für konzernexterne Kredite an andere verbundene Konzernunternehmen umfasst konzernrechtliche, gesellschaftsrechtliche und allgemein zivilrechtliche Fragen. In der Literatur gibt es eine breite Diskussion über die Anwendbarkeit der einzelnen Regeln auf die Kreditsicherung im Konzern.⁶⁷ Die vorliegende Arbeit will durch eine systematische Zusammenfassung der Diskussion zur weiteren Klärung der Haftungsfragen der Kreditsicherung im Konzern beitragen. Dabei ist auch die Entwicklung des sog. qualifizierten faktischen Konzerns und ihre Ersetzung durch den Grundsatz des existenzvernichtenden Eingriffs zu berücksichtigen sowie die Änderung der Regelungen über Kapitalerhaltung bzw. Gesellschafterleistung durch das MoMiG⁶⁸ und das ARUG⁶⁹. Die Behandlung der dabei entstehenden Problematik bezieht sich insbesondere auch auf die rechtlichen Auswirkungen auf das Rechtsgeschäft der Sicherheitenbestellung bzw. auf die sicherheitsnehmende Bank.

1. Die konzernrechtlichen Regelungen und die Kreditsicherung im Konzern

Die Besicherung der konzernexternen Kredite durch ein Konzernunternehmen, gleichgültig ob durch eine Obergesellschaft oder durch eine Untergesellschaft, stellt

⁶⁴ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 383 m.w.N.; Berger, in: Bunneman/Zirngibl, Auswirkung MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7, Rn. 110; Rose, in: Bunneman/Zirngibl, Auswirkung des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6, Rn. 121 f.

⁶⁵ Tillmann, NZG 2008, 401, 404.

⁶⁶ Berger, in: Bunneman/Zirngibl, Auswirkung MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7, Rn. 110.

⁶⁷ Vgl. z.B. Heidinger, in: Michalski GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 30 Rn. 87 m.w.N.

⁶⁸ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl I 2008, BGBlJahr 2026.

⁶⁹ Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie, BGBl I 2009, BGBl 2479.

eine Art von konzerninterner Fremdfinanzierung dar.⁷⁰ Im Mittelpunkt der rechtlichen Finanzordnung des Konzerns bzw. des Konzernfinanzierungsrechts stehen die Haftungsfrage sowie die Entwicklung der Schutzinstrumente.⁷¹ Zur Untersuchung in der vorliegenden Arbeit sind im Rahmen des geltenden Rechts hauptsächlich zwei Konzernformen zu unterscheiden, nämlich der Vertragskonzern und der faktische Konzern. Dabei kommt zunächst die Frage in Betracht, ob und inwiefern sich die konzernrechtlichen Regelungen auf die Sicherheitenbestellung durch eine Konzerngesellschaft für konzernexterne Kredite auswirken. Außerdem könnte die Rechtslage der kreditgebenden bzw. sicherheitsnehmenden Bank je nach der Einordnung ihrer Position, sei es wie ein dem herrschenden Unternehmen nahe stehender Dritter oder ein normaler Gläubiger der abhängigen Gesellschaft oder gar ein bloßer außenstehender Dritter, unterschiedlich zu beurteilen sein.

a) Im Vertragskonzern

Im Vertragskonzern ist die Einflussnahme der Obergesellschaft auf die Untergesellschaft grundsätzlich zulässig, auch wenn dies zu nachteiligen Rechtsgeschäften oder Maßnahmen führt. Damit ist die Kreditsicherung aus dem Vermögen einer Untergesellschaft aufgrund der Veranlassung der Obergesellschaft rechtmäßig, soweit sie den Konzerninteressen dient. Die Obergesellschaft haftet nicht für die einzelne Veranlassung zum nachteiligen Geschäft, wie z.B. zur Sicherheitenbestellung für konzernexterne Kredite an andere Konzernunternehmen. Zum Ausgleich des dadurch entstehenden Schadens bzw. zum Schutz der Minderheitsgesellschafter sowie der Gläubiger der Untergesellschaft ist sie jedoch gemäß § 302 AktG zur Verlustübernahme und gemäß § 303 AktG zur Sicherheitsleistung verpflichtet. Die Zulässigkeit der nachteiligen Einflussnahme der Obergesellschaft ist auch für den Fall von Bedeutung, in dem eine Untergesellschaft den konzernexternen Kredit an eine Schwestergesellschaft besichert. Dabei stellt sich die Frage, ob die Begünstigung einer Untergesellschaft durch die Sicherheitenbestellung aus dem Vermögen einer Schwestergesellschaft auch der Obergesellschaft zuzurechnen und damit nach konzernrechtlichen Regelungen zulässig ist. Darüber hinaus ist zu fragen, ob die Obergesellschaft, die einen Kredit von einer Bank aufgenommen hat und dafür eine Untergesellschaft zur Sicherheitenbestellung veranlasst hat, auch gemäß § 303 AktG gegenüber der Bank als Gläubiger der Untergesellschaft zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist.

⁷⁰ Vgl. Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 21, Rz. 21.1; Scheffler, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 20, Rz. 20.39 und 20.66.

⁷¹ Vgl. Lutter/Scheffler/Schneider, in: Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 1, Rn. 1.41.

b) Im faktischen Konzern

Während die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens im Vertragskonzern weitgehend zugelassen ist, ist die Zulässigkeit der Einflussnahme der Obergesellschaft auf die Untergesellschaft zu nachteiligen Rechtsgeschäften und Maßnahmen anders zu begründen. Dabei sind die je nach Form der abhängigen Gesellschaft unterschiedlichen Rechtsgrundlagen zu beachten, die im faktischen Aktienkonzern auf §§ 311 ff. AktG und im faktischen GmbH-Konzern auf der mitgliedschaftlichen Treuepflicht beruhen. Die nachteilige Einflussnahme des herrschenden Unternehmens hat im Aktienkonzern nach §§ 311 ff. AktG und im GmbH-Konzern wegen Verletzung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht eine Verpflichtung zum Schadensersatz zur Folge. Allerdings kann das herrschende Unternehmen diese Verpflichtung vermeiden, indem es gem. § 311 AktG den Nachteil vor Ende des Geschäftsjahres ausgleicht. Hierbei kommt es nicht auf eine unmittelbare Vermögensverlagerung der abhängigen Gesellschaft an das herrschende Unternehmen an. Entscheidend ist die Veranlassung des herrschenden Unternehmens. Damit ist die Sicherheitenbestellung durch die abhängige Gesellschaft für konzernexterne Kredite an andere Konzernunternehmen als nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.d. §§ 311 ff. AktG zu qualifizieren, soweit sie von dem herrschenden Unternehmen veranlasst wird. Bezüglich des Sachverhalts in der vorliegenden Arbeit kommen zwei Fragen in Betracht, nämlich wann sich das herrschende Unternehmen zum Schadensersatz verpflichtet bzw. wie es zur Vermeidung der Haftung den dadurch entstehenden Nachteil ausgleichen kann und inwiefern sich die einschlägigen Regelungen auf das zwischen der abhängigen Gesellschaft und der kreditgebenden Bank abgeschlossene Sicherheitsgeschäft auswirken können. Dabei ist auch zu untersuchen, ob überhaupt oder inwiefern die Bank aufgrund des Sicherheitsgeschäfts als Gläubiger der abhängigen Gesellschaft auch von den einschlägigen Regelungen geschützt werden kann.

c) Das Problem des qualifizierten faktischen Konzerns

Problematisch ist die Beurteilung der Besicherung der konzernexternen Kredite durch Konzerngesellschaften im sogenannten qualifizierten faktischen Konzern. Der BGH hat im „Bremer Vulkan“-Urteil⁷² ausdrücklich auf den Begriff des sog. qualifiziert

⁷² BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3266.

faktischen Konzerns verzichtet. Stattdessen wird die Existenzvernichtungshaftung eingeführt. Jedoch ist die Fortgeltung des qualifiziert faktischen Konzerns im Schrifttum umstritten, vor allem im Aktienkonzern, allerdings ist die Sicherheitenbestellung durch die abhängige Gesellschaft für konzernexterne Kredite an andere Konzernunternehmen i.R.d. analog der Anwendung von §§ 302, 303 AktG weniger problematisch. Zu untersuchen ist die Anwendbarkeit der Grundsätze der existenzvernichtenden Eingriffe auf das Sicherheitsgeschäft zwischen der abhängigen Gesellschaft und der außenstehenden Bank, wobei der BGH zur tatbestandlichen Voraussetzung und Rechtsfolge der Existenzvernichtungshaftung in seinen Entscheidungen⁷³ unterschiedliche Ausführungen gemacht hat. Nach der Ansicht des BGH im Trihotel-Urteil⁷⁴ beruht die Existenzvernichtungshaftung auf § 826 BGB und setzt die Insolvenz der Gesellschaft, die durch sittenwidrige Eingriffe des Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen verursacht wird, voraus. Sie wird jetzt als eine Innenhaftung zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern angesehen. Bezüglich des Sachverhalts in vorliegender Arbeit stellt sich dann die Frage, ob die Sicherheitenbestellung durch die abhängige Gesellschaft für konzernexterne Kredite an andere Konzernunternehmen zur Insolvenz der abhängigen Gesellschaft geführt hat und damit als existenzvernichtend qualifiziert werden kann. Daneben ist auch zu untersuchen, ob dabei auch eventuelle Auswirkungen auf das Sicherheitsgeschäft zwischen der Gesellschaft und der konzernfremden Bank entstehen können. Abgesehen von hierbei einschlägiger deliktrechtlicher Regelung werden die allgemeinen Schranken der Sicherungsgeschäfte aus bürgerlichem Recht in vorliegender Arbeit aber nicht weiter erörtert.⁷⁵

2. Die gesellschaftsrechtlichen Regeln und die Kreditsicherung im Konzern

Da die Sicherheitenbestellung einer Konzerngesellschaft für die Kreditschuld einer anderen Konzerngesellschaft eine Finanzierungsmaßnahme der sicherungsgebenden Gesellschaft darstellt, kommen zur gesellschaftsrechtlichen Behandlung der vorliegenden Sachverhalte in erster Linie die Regeln im Rahmen der Finanzordnung in Betracht, wobei der Grundsatz der Kapitalerhaltung im Mittelpunkt steht. Für die Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter gilt das Verbot der Einlagenrückgewähr (§§ 57, 62 AktG, 30, 31 GmbHG). Spezifisch für die

⁷³ BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803 = ZIP 2002, 848 = GmbHR 2002, 549 „L-Kosmetik“-Urteil; BGH 151, 181 = NJW 2002, 3024 = NZG 2002, 914 „KBV“-Urteil; BGH NJW 2007, 2689 = ZIP 2007, 1552 = NZG 2007, 667 „Trihotel“-Urteil; BGH ZIP 2008, 308, 310; BGH ZIP 2008, 455.

⁷⁴ BGH NJW 2007, 2689 = ZIP 2007, 1552 = NZG 2007, 667.

⁷⁵ Dazu vgl. vor allem, Ganter, Sicherheiten Allgemeines, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 278 ff.

Zuwendung der Gesellschaft durch ein Rechtsgeschäft mit den Gesellschaftern haben Rechtsprechung und Rechtslehre den im Steuerrecht entwickelten Begriff der sogenannten „verdeckten Gewinnausschüttungen“ übernommen. Im Schrifttum wird auch die Meinung vertreten, dass die Bestellung von Sicherheiten als eine Art von verdeckten Gewinnausschüttungen anzusehen ist.⁷⁶ Zur Regulierung der verdeckten Gewinnausschüttung wird aber auf unterschiedliche Regeln verwiesen, die von den Kapitalerhaltungsregelungen über die Gesellschaftskompetenzverteilung bis hin zu der mitgliedschaftlichen Treuepflicht sowie dem Gebot der Gleichbehandlung reichen. Insofern kann man davon ausgehen, dass dieser Begriff keine selbstständige Rechtsinstitution darstellt.⁷⁷ Für die Zuwendung eines Gesellschafters an die Gesellschaft galt früher zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger das Recht der sog. „eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen“, das durch das MoMiG abgeschafft wurde. In der vorliegenden Arbeit sind sodann die in Betracht kommenden gesellschaftsrechtlichen Regeln bezüglich der Sicherheitenbestellung durch ein Konzernunternehmen für einen Kredit an andere Konzernunternehmen im Einzelnen zu erörtern.

a) Das Verbot der Einlagenrückgewähr

Stellt die Gesellschaft Sicherheiten für den Kredit an eine andere Konzerngesellschaft, könnte das gebundene Gesellschaftsvermögen dadurch geschädigt werden, so dass das Problem der Einlagenrückgewähr in Betracht gezogen werden muss; sei es als Sicherheit der Gesellschaft für eine Forderung des Gesellschafters gegen einen Dritten, wobei der Gesellschafter Sicherungsnehmer ist; sei es als Sicherung einer Forderung eines Dritten gegen den Gesellschafter, wobei der Dritte Sicherungsnehmer ist; sei es als Sicherheitsleistung durch ein Konzernunternehmen zugunsten eines anderen Konzernunternehmens, insbes. bei Stellung einer Sicherheit an einen Dritten (die kreditgebende Bank).⁷⁸

Im Fall der verdeckten Gewinnausschüttung umfassen die Regelungen der Vermögensbindung grundsätzlich das Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter. Allerdings nimmt bei der zentralisierten Konzernfinanzierung nicht selten die Konzernmutter von einer Bank Kredite auf und lässt die Untergesellschaften Sicherheiten dafür bestellen. In diesem Fall handelt es sich um

⁷⁶ Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 19 m.w.N.; Lutter, in: KölnKommAktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 28; Merkel, in: Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 529, 536; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., S. 216, Fn. 3; BGH AG 1981, 227; OLG Koblenz AG 1977, 231 f.; OLG München AG 1980, 272 f.

⁷⁷ Ähnlich auch Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, 1993, S. 48 m.w.N.

⁷⁸ Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 121 m.w.N.

ein Sicherungsgeschäft mit einem außenstehenden Dritten. Hierbei ist deshalb zu untersuchen, ob überhaupt und wann die Sicherheitenbestellung das gebundene Vermögen berührt und zum Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr führen kann, wobei darauf zu achten ist, dass der Umfang des gebundenen Gesellschaftsvermögens im Aktien- und GmbH-Recht unterschiedlich geregelt ist. Außerdem ist hierbei auch darauf zu achten, dass sich die Sicherungsgeschäfte auf die Vermögenslage der sicherungsgebenden Gesellschaft je nach Art des Sicherungsrechts unterschiedlich auswirken können, so dass dabei zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Sicherheiten zu unterscheiden und zu beurteilen ist. In der Praxis kommt diese Problematik häufig im Fall des Management- bzw. Leveraged Buy Out in Betracht, wenn die Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen eine Sicherheit (z.B. Verpfändung von Wertpapieren) für die Kaufpreisforderung des Anteilsverkäufers gegen den Anteilserwerber bestellt.⁷⁹ In einem derartigen Dreiecksverhältnis zwischen der GmbH als Sicherungsgeberin einerseits und Anteilsveräußerer und -erwerber andererseits kommt es letztlich dann darauf an, wer durch die Bestellung der Sicherheit begünstigt ist, wem also die GmbH die Sicherheit „leistet“.⁸⁰

Außerdem ist bei der Qualifizierung der Sicherheitenbestellung als verbotene Einlagenrückgewähr die sog. bilanzielle Betrachtungsweise nach der Einführung des MoMiG zu berücksichtigen. Dafür maßgebend ist, ob dabei vollwertige Gegenleistungs- bzw. Rückerstattungsansprüche i.S.d. §§ 57 Abs. 1 S. 3 AktG, 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG bestehen. Im Sachverhalt der vorliegenden Arbeit könnten die Befreiungs- bzw. Rückgriffsansprüche der sicherheitsgebenden Gesellschaft (§ 775 BGB), der Anspruch auf bankübliche Avalprovision sowie die Weiterleitung der von der Muttergesellschaft aufgenommenen Kredite an die sicherheitsgebende Tochtergesellschaft in Betracht kommen. Darüber hinaus ist der Normadressat der Regeln des Verbots der Einlagenrückgewähr der begünstigte Gesellschafter, so dass sich die Frage stellt, inwiefern sich die Regelungen der Vermögensbindung auf das zwischen der Gesellschaft und der außenstehenden Bank abgeschlossene Sicherungsgeschäft auswirken und welche Rechte die Gesellschaft gegenüber der sicherungsnehmenden Bank hat. Dazu könnte das Verweigerungsrecht nach §§ 57 AktG, 30 GmbHG, oder die Abwicklung im Rahmen des § 134 BGB, wenn die Regelungen der Kapitalerhaltung als verbotene Vorschriften zu qualifizieren sind, in Betracht kommen. Diese Problematik könnte auch bei der Sidestream-Besicherung bestehen, wobei eine Untergesellschaft für einen Bankkredit an eine Schwestergesellschaft Sicherheiten bestellt. Bei Haftungsfragen in solchen Fällen

⁷⁹ Sachverhalt s. z.B. BGH Urt. v. 18. 6. 2007 – II ZR 86/06, Tz. 12, BGHZ 173, 1, 5 = NZG 2007, 704 = DStR 2007, 1874 = BB 2008, 2198.

⁸⁰ Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 177.

steht die Frage im Mittelpunkt, ob die Sicherheitenbestellung durch eine Untergesellschaft der Muttergesellschaft zuzurechnen ist.

b) Das Recht der Gesellschafterleistungen

Die Sicherheitenbestellung durch die Obergesellschaft für den konzernexternen Kredit an eine Untergesellschaft stellt eine Art der konzerninternen Fremdfinanzierung dar, die wirtschaftlich einer Gesellschafterleistung entspricht.⁸¹ Herkömmlich wurde die dabei entstehende Problematik als ein Problem des sog. „eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens“ behandelt. Spezifisch war die eigenkapitalersetzende Kreditsicherung durch den Gesellschafter gesetzlich in § 32a Abs. 2 GmbHG a.F. vorgeschrieben. Davon betroffen waren nicht nur der sicherungsgebende Gesellschafter, unter Umständen auch der sicherungsnehmende Kreditgeber in Bezug auf seine Forderung der Kreditrückzahlung. Allerdings galt dies nur im Insolvenzverfahren der Gesellschaft. Außerhalb des Insolvenzverfahrens sollten die in der Rechtsprechung entwickelten Regeln weiterhin Anwendung finden, die auf die Regelungen der Kapitalerhaltung §§ 30 f. GmbHG a.F. verweisen. Diese Regeln wurden nach Einführung des MoMiG abgeschafft. Nach den Neuregelungen ist die Gesellschafterleistung nun insolvenzrechtlich (§§ 135 Abs. 1 Nr. 1, 143 Abs. 1 S. 2 InsO) zu behandeln, weshalb die Problematik der Übertragbarkeit der im GmbH-Recht entwickelten Regeln auf den Fall der Kreditsicherung in einer Aktiengesellschaft nicht mehr besteht.⁸² Außerdem ist die eigenkapitalersetzende Funktion der Sicherheitenbestellung nicht mehr erforderlich.⁸³ Unter die Neuregelungen fallen ausdrücklich neben den Gesellschaftern (also der Obergesellschaft) auch Gläubiger der Untergesellschaft (also die kreditgebende Bank), wobei die Rechtsposition des sicherungsnehmenden Gläubigers anders als die von anderen Gläubigern der Untergesellschaft ist. Im mehrstufigen Konzern tauchen wieder die Zurechnungsfrage sowie die Frage über die Reichweite der Neuregelungen bei der Besicherung des Kredits an eine Einzelgesellschaft durch die Muttergesellschaft auf, wobei das Verhältnis der Tochtergesellschaft entweder mit der

⁸¹ Vgl. Heidinger, in: Michalski GmbHG, § 32a, Rn. 133 m.w.N. Der BGH hatte zwar bestimmte Drittdarlehen als wirtschaftlich vergleichbare Finanzierungsform in den Schutzbereich des Eigenkapitalersatzes mit einbezogen (s. BGHZ 67, 171, 182; 81, 252, 255; BGH WM 1984, 475). Der Rückzahlungsanspruch des darlehensgebenden Dritten aus § 607 Abs. 1 BGB a.F. (jetzt § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB nF) soll jedoch unberührt bleiben.

⁸² Vgl. Bayer, in: MünchKommAktG, 3. Aufl., 2008, § 57 Rn. 218 ff.

⁸³ Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 65; Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 120; Hirte, NZG 2008, 761, 764; Klink/Gärtner, NZI 2008, 457, 458. Für das Vorliegen der eigenkapitalersetzenden Funktion entscheidend ist also, ob die GmbH den ausgereichten Kredit auch ohne die Besicherung durch den Gesellschafter von einem außenstehenden Dritten zu marktüblichen Bedingungen erhalten hätte.

Mutter- oder mit der Enkelgesellschaft noch zu erörtern ist. Gleiches gilt auch bei der Sicherheitenbestellung für den Kredit an eine Untergesellschaft durch eine Schwestergesellschaft.

c) Der Missbrauch der Vertretungsmacht

Die Sicherheitenbestellung für den Kredit an einen Gesellschafter durch die Gesellschaft stellt einen typischen Fall der verdeckten Gewinnausschüttung dar. Dabei kann es sich um die Überschreitung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung handeln, wenn die verdeckte Gewinnausschüttung der ordnungsmäßigen Gewinnausschüttung gleichgestellt werden soll.⁸⁴ Denn über die Gewinnverwendung entscheidet ausschließlich die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung (§ 174 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 46 Nr. 1 GmbHG), während die verdeckte Gewinnausschüttung im Regelfall von der Verwaltung vorgenommen wird. Allgemein wird die Kompetenzüberschreitung bei der verdeckten Gewinnausschüttung durch ein Rechtsgeschäft mit einem Gesellschafter zwar bejaht, es bedarf jedoch bei der verdeckten Gewinnausschüttung durch ein Rechtsgeschäft mit einem außenstehenden Dritten, wie hier durch ein Sicherungsgeschäft mit einem außenstehenden Kreditinstitut, einer weiteren Untersuchung. Es geht hier um die Frage, ob überhaupt, und wenn ja, in wie weit sich die Überschreitung der gesellschaftsinternen Kompetenzverteilung auf das Sicherungsgeschäft auswirken kann. Hierbei steht das Rechtsinstitut vom Missbrauch der Vertretungsmacht im Vordergrund. Insofern ist zu fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen das sicherungsnehmende Kreditinstitut schutzwürdig ist.

d) Die Einschränkung der Gesellschafterrechte

Desweiteren könnte solche Kreditsicherung häufig von den Gesellschaftern veranlasst werden, die dadurch begünstigt werden. Die Veranlassung kann auf der Ausübung der Gesellschafterrechte oder der faktischen Einflussnahme beruhen. Allerdings ist die Rechtsausübung bzw. Einflussnahme der Gesellschafter auf die Gesellschaft nicht unbeschränkt. Dazu kommt die mitgliedschaftliche Treuepflicht, das Gebot der Gleichbehandlung sowie das Einflussverbot nach § 117 AktG.

⁸⁴ Vgl. Spönemann, in: Michalski GmbHG, 2. Aufl., 2010, Systematische Darstellung 3, Rn. 572.

aa) Die mitgliedschaftliche Treuepflicht⁸⁵

Die Muttergesellschaft als Gesellschafter ihrer Untergesellschaft verletzt die mitgliedschaftliche Treuepflicht, wenn sie sich durch Ausübung der Mehrheitsmacht ohne Berücksichtigung der Belange der Untergesellschaft einen Sondervorteil verschafft. In vorliegender Arbeit ist sodann zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen ein Sondervorteil i.S.d. mitgliedschaftlichen Treuepflicht zugunsten der Muttergesellschaft bei Sicherheitenbestellung durch eine Untergesellschaft vorliegt und inwieweit die Muttergesellschaft dafür haftet. Problematisch ist dann auch die Zurechnungsfrage bei der Besicherung des Kredits an die Muttergesellschaft durch eine Enkelgesellschaft. Daneben ist für die sicherungsnehmende Bank von Bedeutung, inwieweit sich die Verletzung der Treuepflicht auf das Sicherungsgeschäft auswirkt.

bb) Der Gleichbehandlungsgrundsatz

In der Literatur wird bei der Diskussion über die verdeckte Gewinnausschüttung auch der Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. die diesbezügliche gesetzliche Bestimmung des § 53 AktG erörtert.⁸⁶ Da die Kreditsicherung durch eine Untergesellschaft zugunsten der Obergesellschaft als ein typischer Fall der verdeckten Gewinnausschüttung angenommen wird, kann auch dieser Grundsatz einschlägig sein. Insofern kommen auch dieselben Überlegungen wie bei der mitgliedschaftlichen Treuepflicht in Betracht. Es dürfen also keinem Gesellschafter Sondervorteile eingeräumt werden, wobei hier die Haftungsträger die Mitglieder der Verwaltung sind.

cc) Das allgemeine Schädigungsverbot gemäß § 117 AktG

Zur Kontrolle der Mehrheitsmacht kommt schließlich im Gesellschaftsrecht noch die Vorschrift in § 117 AktG in Betracht. Für den außenstehenden Kreditgeber ist diese Bestimmung von besonderer Bedeutung, bei der sich der Normadressat, anders als bei der Treuepflicht sowie dem Grundsatz der Gleichbehandlung, nicht nur auf die Gesellschafter beschränkt, sondern davon auch ein gesellschaftsfremder Dritter umfasst werden kann, der gegenüber der Gesellschaft mittels Schadensersatz haften kann. Damit ist in der vorliegenden Arbeit zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen das Kreditinstitut, das Sicherheiten durch eine Gesellschaft für Kredite an ihre Gesellschafter aufgenommen hat, nach § 117 AktG haften soll und

⁸⁵ Unter dem Begriff Verdeckte Gewinnausschüttungen, vgl. Spönemann, in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 3, Rn. 571.

⁸⁶ Vgl. z.B., Spönemann, in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 3, Rn. 570.

inwiefern sich diese Vorschrift auf das Sicherungsgeschäft bzw. den gesellschaftsfremden Sicherungsnehmer auswirkt. Darüber hinaus ist weiter zu erklären, ob diese aktienrechtliche Vorschrift auch auf die Gesellschaften m.b.H. entsprechende Anwendung findet.

3. Das Verhältnis zwischen den konzernrechtlichen und den gesellschaftsrechtlichen Regeln

a) Im Vertragskonzern

aa) Das Verbot der Einlagenrückgewähr

Die Anwendung der Kapitalerhaltungsregelungen der §§ 58 ff. AktG im Aktien-Vertragskonzern wird nach §291 Abs. 3 AktG sowie nach § 57 Abs. 1, S. 2 AktG n.F. ausgeschlossen. Zu bedenken ist jedoch, ob unter bestimmter Voraussetzung das Weisungsrecht der Obergesellschaft nicht mehr legitimiert werden kann und damit die Regelungen der Kapitalerhaltung wieder Anwendung finden. Vor Einführung des MoMiG war hierbei auch zu untersuchen, ob § 291 Abs. 3 AktG im GmbH-Vertragskonzern entsprechende Anwendung finden und die Anwendung der §§ 30 ff. GmbHG ausgeschlossen werden konnte. Dies ist aber nach § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F. ausdrücklich anerkannt.

bb) Das Recht der Gesellschafterleistung

Das alte Kapitalersatzrecht hatte unterschiedliche Rechtsgrundlagen, je nachdem, ob es sich um den Schutz im Insolvenzverfahren der Tochtergesellschaft oder außerhalb des Verfahrens handelte. Im Vertragskonzern war das Verhältnis zwischen dem in Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, der außerhalb des Insolvenzverfahrens anzuwenden war, und den Schutzregeln der §§ 302 ff. AktG nicht anders als bei dem Verbot der Einlagenrückgewähr. Fraglich war jedoch, ob die gesetzliche Vorschrift des § 32a Abs. 2 GmbHG a.F. im Vertragskonzern wie die Regelungen der Einlagenrückgewähr zu behandeln war. §§ 32a, b GmbHG a.F. einschließlich der bezüglichen Rechtsprechungsregeln wurden nun durch das MoMiG abgeschafft. Die Neuregelungen über das Recht der Gesellschafterleistung wurden in das Insolvenzrecht verlagert, so dass die einschlägigen insolvenzrechtlichen Regelungen theoretisch im Vertragskonzern Anwendung finden sollen. In vorliegender Arbeit ist weiter zu untersuchen, ob sich die Neuregelungen in der Praxis auf den zu

behandelnden Sachverhalt anders auswirken könnten.

cc) Der Missbrauch der Vertretungsmacht

Da die zwingende Kompetenzverteilung zwischen der Verwaltung und der Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung durch einen Unternehmensvertrag überwunden werden kann, ist es im Vertragskonzern fraglich, ob bei der Vermögenszuwendung an die Muttergesellschaft bzw. andere Untergesellschaften durch eine Tochtergesellschaft die Problematik des Missbrauchs der Vertretungsmacht überhaupt in Betracht kommen kann, insbesondere wenn ein Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen worden ist.

dd) Die Beschränkungen der Gesellschafterrechte

Der BGH⁸⁷ hat aufgrund der mitgliedschaftlichen Treuepflicht die Grundsätze zur Beschränkung der Ausübung der Konzernleitung entwickelt, so dass die gesellschaftsrechtliche Treuebindung auch im Konzernverhältnis gelten soll. Dabei stellt sich die Frage, ob die Treuebindung der Obergesellschaft durch die Legitimation der Leitungsmacht aufgrund des Beherrschungsvertrags abgeschafft werden kann. Dieselbe Frage kommt auch bei der Diskussion über den Gleichbehandlungsgrundsatz in Betracht. Wenig problematisch ist die Abschaffung der Haftung nach § 117 AktG im Vertragskonzern, da sie im § 117 Abs. 7 Nr. 2 AktG vorgeschrieben ist.

b) Im faktischen Konzern

aa) Die Regelungen des Verbotes der Einlagenrückgewähr

Im faktischen Konzern liegt die Legitimation der Leitungsmacht erst dann vor, wenn die Nachteile nach §§ 311, 317 AktG rechtmäßig ausgeglichen werden. Ein gesetzlicher Ausschluss der Kapitalerhaltungsregelungen wie § 291 Abs. 3 AktG gibt es im faktischen Konzern nicht, so dass es dabei einer Untersuchung des Verhältnisses zwischen den Regelungen der Kapitalerhaltung und des faktischen Konzerns bedarf. Dabei ist zunächst zu unterscheiden, ob der zugefügte Nachteil nach § 311 AktG ausgeglichen wird. Ist dies der Fall, ist dann zu untersuchen, ob die Regelungen der Kapitalerhaltung durch § 311 AktG verdrängt werden. Liegt ein Ausgleich der nachteiligen Leitung nicht vor, kommt dann die Schadensersatzpflicht nach § 317

⁸⁷ Treuepflicht gegenüber der GmbH, vgl. BGH BGHZ 65, 17= NJW 1976, 191; Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern vgl. BGH NJW 1992, 368.

AktG in Betracht, so dass das Verhältnis zwischen dieser Vorschrift und den Kapitalerhaltungsregelungen zu untersuchen ist. Im Fall des GmbH-Konzerns beruht der faktische GmbH-Konzern auf dem Grundsatz der mitgliedschaftlichen Treuebindung, womit Konflikte zwischen der Treuepflicht und den Kapitalerhaltungsregelungen vorkommen können. Zu beachten ist dabei, dass im Konzern aber auch der jetzt ausdrücklich geregelte Ausnahmetatbestand der Neuregelung im MoMiG greifen kann.⁸⁸

bb) Das Recht der Gesellschafterleistung im faktischen Konzern

Wo das Recht der Gesellschafterleistung Anwendung findet, also bei der Downstream-Besicherung, haben die Regelungen des faktischen Konzerns nichts damit zu tun. Denn es handelt sich dabei um eine Leistung der Muttergesellschaft an die Untergesellschaft, nicht umgekehrt. Eine Anwendungskonkurrenz ist jedoch bei der Sidestream-Besicherung denkbar, wobei eine Sicherheit aus dem Vermögen einer Untergesellschaft wegen Ausübung der Leitungsmacht der Muttergesellschaft gestellt wird. Insofern ist das Verhältnis zwischen beiden Rechtsinstitutionen von Bedeutung.

cc) Der Missbrauch der Vertretungsmacht

Anders als im Vertragskonzern fehlt es an einem Unternehmensvertrag im faktischen Konzern, so dass hierbei die zwingende Kompetenzverteilung zwischen der Verwaltung und der Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung weiter gilt. Die Frage, ob hierbei die konzernrechtliche Regelung Vorrang vor der gesellschaftsrechtlichen bzw. der bürgerrechtlichen Regelung hat, ist nicht nur für die Muttergesellschaft, sondern auch für das sicherungsnehmende Kreditinstitut von Bedeutung, da sich die Rechtsfolge eines Missbrauchs der Vertretungsmacht eventuell auf das Sicherungsgeschäft auswirken kann. Anders stellt sich im faktischen GmbH-Konzern die Frage, ob die Treuebindung neben der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung Anwendung finden kann.

dd) Die Beschränkung der Gesellschafterrechte

Da das Recht des faktischen GmbH-Konzerns auf der mitgliedschaftlichen Treuepflicht beruht, besteht dabei kein Konkurrenzproblem zwischen den gesellschaftsrechtlichen und konzernrechtlichen Regelungen. Eine Konkurrenzfrage der §§ 311, 317 AktG und der Treuepflicht kann deshalb nur im einfachen faktischen

⁸⁸ Heidinger, in: Michalski GmbHG, § 30 Rn. 87, 212 ff., m.w.N.

Aktienkonzern entstehen. Mit den beiden Rechtsinstitutionen kann allerdings der Grundsatz der Gleichbehandlung konkurrieren. Auch kann die Anwendung des § 117 AktG im faktischen Konzern problematisch sein, wobei es um die Frage geht, ob §§ 311, 317 ff. AktG als Sondervorschrift Vorrang vor § 117 AktG haben. Diese Frage kommt im faktischen GmbH-Konzern nicht in Betracht, da § 117 AktG im GmbH-Recht nicht analog anwendbar ist.

c) Der Grundsatz der existenzvernichtenden Eingriffe

Bei der Erörterung des Verhältnisses zwischen dem Grundsatz der existenzvernichtenden Eingriffe und den anderen einschlägigen Regelungen steht die Rechtsnatur der Haftung der Existenzvernichtung im Mittelpunkt. Nach der Trihotel-Entscheidung⁸⁹ des BGH handelt es sich dabei nun um eine deliktische Haftung. Damit könnte sich nicht nur das Verhältnis in Bezug zu den Regelungen der Kapitalerhaltung oder den Neuregelungen der Gesellschafterleistungen, sondern auch den Regeln der Rechtsbeschränkung der Gesellschafter, vor allem § 117 AktG, ändern.

aa) Die Regelungen des Verbots der Einlagenrückgewähr

Beim Verhältnis zwischen den beiden Regelungen war der BGH früher davon ausgegangen, dass die Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff gegenüber der Haftung aus §§ 30, 31 GmbHG subsidiär sein sollte.⁹⁰ Im „Trihotel“-Urteil knüpft der BGH bei der Existenzvernichtungshaftung an das allgemeine Deliktrecht an, wobei derartige Schadensersatzansprüche gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 30, 31 GmbHG nicht subsidiär sind.⁹¹ Nach Inkrafttreten des MoMiG könnte die Unterdeckung des Stammkapitals durch den (aktivierbaren) Anspruch aus § 826 BGB aufgehoben werden, ist eine Haftung ggf. nach dem in § 30 Abs. 1 S. 2 n.F. zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken ausgeschlossen.⁹² Insofern stellt sich die Frage, ob nach den Neuregelungen im MoMiG an der konkurrenten Anwendung noch festgehalten werden kann.

bb) Das Recht der Gesellschafterleistung

⁸⁹ BGHZ 173, 246 = WM 2007, 1572 = NJW 2007, 2689 = ZIP 2007, 1552 = NZG 2007, 667.

⁹⁰ BGHZ 149, 10, 16; 151, 181, 187.

⁹¹ BGHZ 173, 246 = DStR 2007; Ganter, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 382; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 31 Rn. 37.

⁹² Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 31 Rn. 37.

Beim Recht der Gesellschafterleistung geht es hauptsächlich um die Behandlung der Rückzahlung der Gesellschafterleistung durch die Gesellschaft. Im alten Recht steht die Nachrangigkeit des Anspruchs des leistenden Gesellschafters im Falle der Insolvenz der Gesellschaft im Vordergrund (§ 32a GmbHG a. F., §39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Nach dem Inkrafttreten des MoMiG wurde die Regelungsmaterie nun in das Insolvenz- und Anfechtungsrecht verlagert. Damit ist an dieser Stelle zu fragen, ob hierbei noch Raum für die Anwendung der Grundsätze der existenzvernichtenden Eingriffe, die die Insolvenz der Gesellschaft durch die Leistung an den Gesellschafter voraussetzt, ist. Der BGH sieht die Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen als solche nicht als sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung an, da die gesetzliche Regelung ausreichenden Gläubigerschutz gewährleistet und daher Voraussetzungen des § 826 BGB nicht generell erfüllt sind.⁹³ Das Verhältnis zwischen den Grundsätzen der existenzvernichtenden Eingriffe und den Neuregelungen der Gesellschafterleistung bedarf einer weiteren Klärung, wenn die Gesellschaft an den Gesellschafter zurückgezahlt hat und dadurch insolvent wird.

cc) Die Beschränkungen der Gesellschafterrechte

Da es sich bei den Grundsätzen der Existenzvernichtungshaftung nicht mehr um eine konzernrechtliche Angelegenheit handelt, ist das Verhältnis zu den Regeln der Beschränkungen der Gesellschafterrechte besonders problematisch. Insbesondere ist die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ggf. in Verbindung mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz als Grundlage des faktischen GmbH-Konzerns allgemein anerkannt.⁹⁴ Es stellt sich die Frage, ob die Existenzvernichtungshaftung beim GmbH-Konzern wie dem qualifiziert faktischen Konzern auf das Abhängigkeitsverhältnis anzuwenden ist, indem eine Rechtsschutzlücke bei Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht besteht. Beim Aktienkonzern ist neben der obengenannten Frage noch zu klären, ob die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ggf. in Verbindung mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz trotz der gesetzlichen Regelungen in §§ 311 ff. AktG überhaupt darauf anwendbar ist. Anders als im GmbH-Recht ist die Haftung des § 117 AktG, die ebenfalls Innenhaftung ist, und zwar deliktischen Ursprungs,⁹⁵ bei der Anwendbarkeitsprüfung der auf das allgemeine Deliktrecht beruhenden Existenzvernichtungshaftung besonders zu berücksichtigen.

⁹³ BGHZ 31, 271; vgl. auch Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, Anhang nach § 30, Rn. 1, 19.

⁹⁴ Vgl. Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbHKonzernrecht, 6. Aufl., 2010, Anhang § 318 Rn. 7, 24 f.; Servatius, in: Michalski GmbHG, 2. Aufl., 2010, Systematische Darstellung 4, Rn. 408.

⁹⁵ Hüffer, AktG, 9. Aufl., 2010, § 1, Rn. 26a., § 117 Rn. 2 m.w.N.

Kapitel 1: Kreditsicherung in der konzernrechtlichen Betrachtung

§ 2 Konzernhaftung im Allgemeinen

Die herkömmliche Diskussion über die Kreditsicherung durch eine Konzerngesellschaft zugunsten einer anderen verbundenen Gesellschaft bleibt meistens auf das Gesellschaftsrecht beschränkt. Wenig diskutiert sind die Anwendung der konzernrechtlichen Regeln und ihre Auswirkungen. Zur Anwendung der einzelnen konzernrechtlichen Regeln auf vorliegenden Sachverhalt und zur Untersuchung des Verhältnisses zwischen konzernrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Regeln sind kurz die relevanten Grundsätze des Konzernrechts zu skizzieren.

I. Grundzüge des Konzernrechts

1. Gefahren beim Abhängigkeitsverhältnis bezüglich der Sicherheitenbestellung durch Konzernunternehmen

Das klassische Gesellschaftsrecht versucht, einen Ausgleich zwischen den Interessen der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger herzustellen. Die Existenz und der wirtschaftliche Erfolg einer Gesellschaft sichern nicht nur die Rendite des investierten Kapitals ihrer Gesellschafter, sondern auch die Einkommen der Geschäftsleitung, und nicht zuletzt auch die Forderungen der Gläubiger der Gesellschaft.¹ Dieser Interessenausgleich in einer Gesellschaft könnte bedroht werden, wenn ein Gesellschafter, der ein anderweitiges unternehmerisches Interesse verfolgt, über einen maßgeblichen Einfluss auf die Verwaltung der Gesellschaft verfügt. Die Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung kann durch unmittelbare Weisungsbeschlüsse der vom Mehrheitsgesellschafter dominierten Gesellschafterversammlung bzw. noch subtiler durch die Drohung mit einer Ausübung des Weisungsrechts sowie mit der jederzeitigen Abberufung des Geschäftsführers effektiv bewerkstelligt werden². Dadurch besteht die Gefahr, dass die Interessen der Gesellschaft und sonstigen Gesellschafter bzw. der Gesellschaftsgläubiger durch das spezifische Interesse des Mehrheitsgesellschafters überlagert und in Frage gestellt werden,³ wobei die Mechanismen der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung versagen und das Vermögen der Gesellschaft ohne gesetzmäßiges Verfahren an den Mehrheitsgesellschafter oder einen

¹ Kuhlmann/Ahnis, Konzern- und Umwandlungsrecht, Rn. 4, S. 2.

² Liebscher, in: MünchKommGmbHG, Anhang die GmbH als Konzernbaustein, Rn. 311.

³ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 1, Rn. 1.

ihm nahestehenden Dritten ausgeschüttet wird. Beispiele:⁴ Verlagerung betriebswesentlicher Vermögenspositionen wie Maschinen, Arbeitskräfte, Geschäftsverbindungen, Kundenstamm oder das Geschäftslokal auf den Gesellschafter oder eine von ihm beherrschte andere Gesellschaft, die infolgedessen nicht zur Erzielung von Gewinnen der GmbH zur Verfügung stehen; Entzug von Liquidität durch Tilgung privater Verbindlichkeiten des Gesellschafters oder Einbindung in ein Cash Pool-System; prozessuale Vereitelung der Durchsetzung eines Anspruchs gegen den Alleingesellschafter-Geschäftsführer durch Herbeiführung eines rechtskraftfähigen Versäumnisurteils. In der Konzernpraxis sind häufig die Gewinnverlagerung in den von der Verwaltung allein kontrollierten Tochtergesellschaften sowie die sog. verdeckte Gewinnausschüttung an das herrschende Unternehmen die Folge.⁵ Zu letzterem gehört auch die in vorliegender Arbeit zu behandelnde Kreditsicherung durch Konzernunternehmen.

2. Ziel und Zweck des Konzernrechts

Das Konzernrecht befasst sich mit den Legitimations-, Zurechnungs- und Haftungsproblemen aufgrund organisationsrechtlicher Verbindung einzelner Gesellschaften,⁶ wobei neben den gesetzlichen Vorschriften auch die Lehre der Durchgriffshaftung bei der Regulierung in Betracht kommen kann.⁷ Es ist trotz seines organisatorischen Charakters vor allem als Schutzrecht zu sehen, das dem Schutz der abhängigen Gesellschaft, der außenstehenden Gesellschafter und der Gläubiger vor den Risiken aus der Abhängigkeit dient. Die Schutzfunktion wird in §§ 291 ff., 311 ff. AktG zum Ausdruck gebracht. Allerdings weisen die Vorschriften von §§ 291 ff. AktG mit den unterschiedlichen Formen der Einbindung der abhängigen Gesellschaft in die Belange des herrschenden Unternehmens einen organisationsrechtlichen Gehalt auf und modifizieren dabei die für die unverbundene AG geltenden Grundsätze zum Teil erheblich.⁸ Vor allem zeigt sich eine tiefgreifende Veränderung der Organisation der abhängigen Gesellschaft beim Vertragskonzern in der Verdrängung des in § 76 Abs. 1 AktG geregelten Prinzips der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft durch das in §§ 308, 323 Abs. 1 AktG vorgesehene Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens.⁹ Auch in den Vorschriften der §§ 311 ff. AktG über den faktischen Konzern kommt ein organisationsrechtlicher Charakter des Konzernrechts zum

⁴ S. Wicke, GmbHG, 2. Aufl., 2011, § 13 Rn. 5.

⁵ Kuhlmann/Ahnis, Konzern- und Umwandlungsrecht, Rn. 4, m.w.N.

⁶ K. Schmidt, GesR, § 17 II 1 a), S. 492 f.

⁷ K. Schmidt, GesR, § 17 II 1 b), S. 493.

⁸ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzern, § 1, Rn. 1; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 8. Aufl., § 1 II. 6., S. 6.

⁹ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 1 II. 6., S. 7.

Ausdruck, indem zahlreiche für die unverbundene AG geltende Vorschriften mit der Möglichkeit des gestreckten Nachteilsausgleichs einhergehend verdrängt werden.¹⁰

Abgesehen von den Vorschriften über Unternehmensverträge wird eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften auf das GmbH-Konzernverhältnis von der h.M. einhellig abgelehnt, wobei den mit der Abhängigkeit oder Konzernierung verbundenen Gefahren mit den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Instrumentarien, wie z.B. der Bindung des herrschenden Gesellschafters an den Gesellschaftszweck und der Treuepflicht, begegnet wird.¹¹

II. Die Leitungsmacht und die Schutzmechanismen im Konzern

Das deutsche Konzernrecht wird vor allem von seiner ausführlichen Regelung im Aktiengesetz (§§ 15 ff., 291 ff.) geprägt und steht unter dem Einfluss des Aktiengesetzes. Inhaltlich geht das Konzernrecht jedoch weit darüber hinaus und bezieht sich auf die Legitimations-, Haftungs- und Zurechnungsprobleme aus der Unternehmensverbindung. Dies gilt auch für das Abhängigkeitsverhältnis in einer GmbH.

1. Legitimationsprobleme der Konzernleitung

a) Im Aktienkonzern

aa) Legitimation durch Unternehmensverträge im Vertragskonzern

Das Aktiengesetz unterscheidet streng zwischen den durch Unternehmensverträge verbundenen Unternehmen (§§ 291 ff., 308 ff.) und der Beherrschung von Unternehmen bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags (§§ 311 ff.). Die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens hat tiefgreifende Auswirkungen auf die Organisation der abhängigen Aktiengesellschaft. Der Gesetzgeber hat die Unternehmensverträge als eine zusätzliche Organisationsbasis im Abhängigkeitsverhältnis anerkannt und verschafft damit der Konzernherrschaft ein Weisungsrecht (§ 308 I AktG). Im Ergebnis wird die Durchdringung der Binnenorganisation der abhängigen Gesellschaft durch die Beherrschungsverträge legitimiert (vgl. § 291 AktG).

¹⁰ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 1 II. 6., S. 7.

¹¹ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzern, § 1, Rn. 14.

bb) Legitimation durch Nachteilsausgleich im faktischen Aktienkonzern

Über die Zulässigkeit der nachteiligen Einflussnahme wird viel diskutiert. Zwar kann eine Aktiengesellschaft ohne Abschluss eines Unternehmensvertrags in den Konzern eingebunden werden. Es bleibt dabei aber für die abhängige Gesellschaft bei dem Grundsatz des § 76 Abs. 1 AktG und damit bei der eigenverantwortlichen Leitung der Tochtergesellschaft durch deren Vorstand, so dass dem herrschenden Unternehmen nach §§ 311 ff. AktG keine Konzernleitungsmacht gegenüber der abhängigen Gesellschaft obliegt.¹² Ihm steht eine rechtlich abgesicherte Konzernleitungsmacht nur durch Abschluss eines Beherrschungsvertrags zu. Allerdings erfolgt aus der Legitimierung der Konzernleitungsmacht durch Abschluss eines Beherrschungsvertrags kein allgemeines Verbot faktischer Konzernherrschaft. Auch bei Fehlen eines Unternehmensvertrags kann ein herrschendes Unternehmen nach §§ 311 ff. AktG nachhaltig auf die Autonomie der Gesellschaft einwirken. Vom § 311 Abs. 1 AktG verboten ist allein eine der abhängigen Gesellschaft zum Nachteil gereichende Einflussnahme, ohne dass das herrschende Unternehmen den Nachteil der abhängigen Gesellschaft nach Maßgabe des § 311 Abs. 2 AktG ausgleicht.¹³ Wird der Nachteilsausgleich vom herrschenden Unternehmen nach Maßgabe § 311 Abs. 2 AktG geleistet, so hat dies die Rechtsfertigung der Maßnahme und damit die Verdrängung der allgemeinen Haftungstatbestände zur Folge.¹⁴

b) Im GmbH-Konzern

aa) Anwendbarkeit der §§ 291 bis 301 AktG im GmbH-Vertragskonzern

Bei Gesellschaften mbH wird der Geschäftsführer von den Gesellschaftern bestimmt (§ 46 Nr. 5 GmbHG) und ist von ihren Weisungen abhängig. Auf diese Weise kann der allein oder mehrheitlich beteiligte Gesellschafter mühelos seine Herrschaftsmacht in der Leitung der GmbH durchführen. Die Mehrheitsherrschaft eines Gesellschafters ist zwar nach der gesetzlichen Normalverfassung einer GmbH zulässig. Jedoch besteht dabei die Gefahr, dass der herrschende Gesellschafter seine unternehmerischen Eigeninteressen zum Nachteil der Gläubiger und etwaiger Minderheitsgesellschafter der abhängigen GmbH durchsetzen kann und gleichzeitig seine wirtschaftlichen Risiken auf das Vermögen der abhängigen GmbH beschränkt.¹⁵ Diese Art

¹² Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 24 IV 3a., S. 369.

¹³ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 24 I., S. 364.

¹⁴ H.M., s. Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 24 IV., S. 367 m.w.N.

¹⁵ K. Schmidt, GesR, § 39 I 1, S. 1211.

konzernrechtlicher Interessenkonflikte kann Rechtsprobleme aus allgemeinem Gesellschaftsrecht auslösen. Allgemein anerkannt ist, dass die Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge auch mit einer GmbH abgeschlossen werden können und die § 291 bis 301 AktG dafür unmittelbar auf die GmbH anzuwenden sind.¹⁶ Diese Vorschriften stellen der Konzernleitung wiederum eine Legitimation zur Verfügung.

bb) Allgemeines Verbot der Konzernleitung im faktischen GmbH-Konzern

Beim GmbH-Konzern ohne Beherrschungsverträge fehlt es an gesetzlichen Regelungen. Was dies betrifft, so sind §§ 311 ff. AktG nach h.M. auch nicht entsprechend auf die GmbH anzuwenden.¹⁷ Infolgedessen kann man von einem allgemeinen Verbot der Konzernleitung im faktischen GmbH-Konzern ausgehen. Zur Begegnung der Gefahren der Abhängigkeit und der Einbindung in einen faktischen GmbH-Konzern ist auf die allgemeinen Grundsätze des Gesellschaftsrechts zurückzugehen.

2. Die Problematik der Konzernhaftung

a) Im Aktienkonzern

Die Konzernhaftung steht in engem Zusammenhang sowohl mit der Konzernorganisation als auch mit der Konzernfinanzierung. Dabei sind die unterschiedlichen Konzepte der Konzernhaftung, nämlich die Verlustübernahmepflicht und die Schadensersatzpflicht, zu beachten¹⁸. Während die Verlustübernahmepflicht aus einer Zustandshaftung kommt, entsteht die Schadensersatzpflicht aus einer Verhaltenshaftung.

aa) Pflicht zur Verlustübernahme und Sicherheitsleistung im Vertragskonzern

Die Verlustübernahmepflicht wird in § 302 AktG für den Vertragskonzern vorgeschrieben und dient dem Zweck, wenigstens mit der Sicherung des bilanzmäßigen Anfangsvermögens der Gesellschaft den Minderheitsaktionären gegen eine Beeinträchtigung ihres Mitgliedschaftsrechtes auf Gewinnbeteiligung und den

¹⁶ Vgl. Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 20 I. 3, S. 269 und § 29 III 1, S. 415; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlussanhang - Konzernrecht, Rn. 105.

¹⁷ Vgl. vor allem Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 318, Rn. 6 m.w.N.; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 29 III 1, S. 415 m.w.N.

¹⁸ K. Schmidt, GesR., § 18 V 3, S. 546.

Gläubigern gegen einen Verlust der ihnen haftenden Vermögensmasse durch eine Aushöhlung der Gesellschaftssubstanz einen Schutz zur Verfügung zu stellen.¹⁹ Darüber hinaus wird zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger in § 303 AktG eine Pflicht zur Sicherheitsleistung nach Ende des Unternehmensvertrags geregelt.

bb) Pflicht zum Schadensersatz im faktischen Aktienkonzern

Die Schadensersatzpflicht beruht auf einer Verschuldenshaftung aus §§ 311 ff. AktG für den faktischen Konzern. Aus § 311 Abs. 1 AktG besteht das Verbot der nachteiligen Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft, das zur besonderen Verhaltenspflicht des herrschenden Unternehmens führt. Bei deren Verletzung verpflichtet sich die Konzernherrschaft zum Schadensersatz. Nachteilig sind die Einflussnahmen, die Maßnahmen gegen den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand und Zweck der abhängigen Gesellschaft veranlassen.²⁰ Allerdings setzt die Schadensersatzpflicht voraus, dass die Einflussnahme einem Einzelausgleich nach § 311 AktG nicht zugänglich ist. Fehlt es dabei an Quantifizierbarkeit des Schadens, greifen dann die Grundsätze über die „qualifizierte Nachteilzufügung“ ein.²¹

cc) Problematik der „qualifizierten“ Nachteilzufügung

Das gesetzliche Ausgleichssystem von §§ 311 ff. AktG kann versagen, wenn die nachteilige Einflussnahme einem Einzelausgleich nach §§ 311 Abs. 2, 317 AktG nicht zugänglich ist; sei es, dass sich die einzelnen schädigenden Einflussnahmen nicht mehr isolieren lassen, sei es, dass die einzelne nachteilige Maßnahme einem Ausgleich nach § 317 AktG nicht zugänglich ist.²² In diesem Fall kann ein sog. „qualifiziert“ faktischer Konzern vorliegen, wobei eine besondere Qualität des möglicherweise singulären Eingriffs maßgeblich ist.²³ Auf solche Fälle war bis zum „Bremer Vulkan“-Urteil²⁴ eine entsprechende Anwendung der §§ 302 ff. überwiegend anerkannt.²⁵ Obwohl auf die vor allem für das GmbH-Konzernrecht durch höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum „qualifizierten“ faktischen Konzern seit 2001 vom BGH verzichtet wird und diese im GmbH-Recht

¹⁹ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 20 I 1, S. 267

²⁰ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 24 IV 2b, S. 368.

²¹ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 24 IV 2b, S. 369.

²² Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 28 II, S. 406.

²³ J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 317, Rn. 46.

²⁴ BGHZ 149, 10 16 f. = NJW 2001, 3622 = NZG 2002, 38 = ZIP 2001, 1874.

²⁵ Zu ausführlichen Übersichten über die Entwicklung der Rechtsprechung und Literatur vgl. Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbHKonzernrecht, Anhang § 318 Rn. 1 ff.; Kropff, in: MünchKommAktG, Anh. § 317 Rn. 5 ff., jeweils m.w.N.

durch das Haftungssystem der Existenzvernichtung²⁶ ersetzt werden, bleiben sie im Aktienkonzernrecht nach der herrschenden Meinung ohnehin anwendbar,²⁷ gleichgültig, ob die AG über Minderheitsaktionäre verfügt oder nicht. Infolgedessen ist davon auszugehen, dass das herrschende Unternehmen nach wie vor in entsprechender Anwendung der §§ 302 ff. AktG haftet und von den Minderheitsaktionären auf Unterlassung bzw. Beseitigung und von der abhängigen Gesellschaft auf Verlustausgleich in Anspruch genommen werden kann.²⁸ Allerdings finden beim Eintreten des Falls von Existenzvernichtung die für die GmbH entwickelten Grundsätze auch im Aktienrecht ihre Anwendung.²⁹

b) Im GmbH-Konzern

aa) Unterschiede zwischen dem GmbH-Vertragskonzern und dem faktischen GmbH-Konzern

Das herkömmliche Haftungssystem des GmbH-Konzerns wurde wie im Aktienkonzern in drei Varianten eingeordnet, nämlich den Vertragskonzern, den einfachen faktischen Konzern und schließlich den qualifizierten faktischen Konzern. In den letzten Jahren haben die höchstrichterlichen Entscheidungen durch Einführung neuer Haftungsmodelle diese Einordnung abgeändert, wobei damit auch neue Probleme aufgeworfen worden sind.

Während die Regelungen von §§ 291 ff. AktG über den Vertragskonzern auf den GmbH-Konzern entsprechende Anwendung finden, wird die analoge Anwendung von §§ 311 bis 318 AktG über den faktischen Konzern auf die abhängige GmbH, wie oben erwähnt, allgemein abgelehnt.³⁰ Demzufolge kann die Rechtswidrigkeit der

²⁶ BGHZ 149, 10 16 f. = NJW 2001, 3622 = NZG 2002, 38 = ZIP 2001, 1874 („Bremer Vulkan“); s. ferner BGH NJW 2002, 1803 = NZG 2002, 520; BGHZ 151, 181 186 ff. = NZG 2002, 914 = JZ 2002, 1047 = BGH ZIP 2002, 1578 („KBV“); BGH ZIP 2005, 117 (118); ZIP 2005, 250 (251); BGH ZIP 2007, 1552, 1554 ff. („Trihotel“).

²⁷ Vgl., Altmeyen, in: MünchKommAktG, Anhang zu § 317 Rn. 10, 14 ff., 55 m.w.N.; s. auch, Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 28 II 1, S. 406; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 317, Rn. 5; J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 317, Rn. 51; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 380 ff; Krieger, in: MünchHdbAktien, § 69 Rn. 134 m.w.N. Jedoch hat der BGH im Nichtannahmebeschluss „Züblin/Strabag“ (NZG 2008, 831, 832 = ZIP 2008, 1872) bereits einige Zurückhaltung hinsichtlich der Übertragbarkeit der GmbH-rechtlichen Grundsätze auf die AG erkennen lassen. Meinungen gegen den qualifiziert faktischen Konzern s. vor allem, Altmeyen, in: MünchKommAktG, 3. Aufl., 2010, Anhang zu § 317 Rn. 14 ff., 38.

²⁸ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 28 II 1, S. 406, II 2, S. 407; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 317, Rn. 5.

²⁹ Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 1, Rn. 26; Heider, in: MünchKommAktG, § 1, Rn. 85; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 28 II 1, S. 406; a.A. spricht sich für die vorangige Anwendung der §§ 311 ff. AktG, s., Altmeyen, in: MünchKommAktG, Anhang zu § 317 Rn. 13 ff., 55 f.

³⁰ Servatius, in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 4, Rn. 402 ff., m.w.N.; Habersack, in:

nachteiligen Veranlassung in diesem Fall nicht durch Nachteilsausgleich legitimiert werden³¹. Zur Begegnung der besonderen Gefährdung der Minderheit und der Gläubiger kommen die Grundsätze des allgemeinen Gesellschaftsrechts in Betracht. Dazu gehören einerseits die Bindung des herrschenden Unternehmens an den gemeinsamen Zweck der Gesellschaft, das Interesse der abhängigen Gesellschaft und nicht zuletzt die allgemeinen Instrumente des Minderheitsschutzes, darunter insbesondere die mitgliedschaftliche Treuepflicht und der Grundsatz der Gleichbehandlung.³² Andererseits werden dabei die Schutzmechanismen vor allem durch die Grundsätze über die Kapitalerhaltung und die Grundsätze über kapitaleretzende Gesellschafterhilfen geregelt, wobei unter §§ 30, 31 GmbHG nicht nur die Leistungen an das herrschende Unternehmen, sondern auch solche an ein von ihm gleichfalls abhängiges Unternehmen erfasst werden sollen.³³ In vorliegender Arbeit werden diese gesellschaftsrechtlichen Regeln allerdings hauptsächlich vor allem nicht auf konzernrechtlicher, sondern auf gesellschaftsrechtlicher Ebene in Kapitel 2 behandelt.

bb) Das allgemeine Verbot der nachteiligen Einflussnahme beim Fehlen des Unternehmensvertrags

Die Beliebtheit der GmbH als Konzerntochter beruht darauf, dass die Muttergesellschaft als Allein- oder Mehrheitsgesellschafterin eine GmbH mühelos beherrschen kann, weil der Geschäftsführer von den Gesellschaftern bestimmt wird (§ 46 Nr. 5 GmbHG) und von ihren Weisungen abhängig ist. Trotz dieser Weisungsabhängigkeit ist beim Fehlen des Unternehmensvertrags die Veranlassung der Muttergesellschaft zu nachteiligen Rechtsgeschäften oder Maßnahmen der Tochtergesellschaft nach h.M. allgemein verboten.³⁴ Die Grundlage des Schädigungsverbots liegt in der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bzw. § 43 GmbHG³⁵. Vorbehaltlich sog. „existenzvernichtender Eingriffe“ und der sich daraus

Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbHKonzernrecht, Anhang § 318 Rn. 6, m.w.N.; Krieger, § in Lutter u.a. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 4, S. 98 m.w.N.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., § 53 I 3, S. 573 m.w.N.; K. Schmidt, GesR., § 39 III 2; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlussanhang, Rn. 82; a. A. Rowedder, in Hommelhoff u.a. (Hrsg.), Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, 1986, 20, 29 ff.

³¹ Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 24 II, S. 388 f.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., § 53 III 6, S. 588 m.w.N.

³² Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 29 III. 2, S. 415 und § 30 II 2, S. 418, III 1a, S. 419; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 318, Rn. 3, 5, 23, 24.

³³ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 30 II 3, S. 419.

³⁴ Vgl. BGHZ 65, 15, 21 – „ITT“; Altmeyen, in: MünchKommAktG, Anhang zu § 317, Rn. 1; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 23, jeweils m.w.N.

³⁵ Vgl. Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbHKonzernrecht, Anhang § 318 Rn. 7, 24 f.; Servatius, in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 4, Rn. 408; Krieger, Die rechtlichen Haftungsrisiken im Konzern, in: Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der

ergebenden deliktischen Haftung kann das allgemeine Verbot aus der Treuepflicht allerdings durch die Zustimmung aller Gesellschafter außer Kraft gesetzt werden.³⁶ Bei der Treuepflichtverletzung kann das herrschende Unternehmen von der Gesellschaft und – auf dem Wege der *actio pro socio* – von den Gesellschaftern auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.³⁷

cc) Existenzvernichtungshaftung statt des Haftungsmodells vom „qualifizierten faktischen Konzern“

Die Interessen der Minderheitsgesellschafter bzw. der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft können in dem Fall, in dem die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens ohne wirksamen Abschluss eines Beherrschungsvertrages ausgeübt wird, nicht mehr durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht hinreichend geschützt werden, wenn die hiermit verbundenen Nachteile keinem Einzelausgleich mehr zugänglich sind. Dafür wurde der Begriff des „qualifiziert faktischen“ Konzerns erstmalig 1972 in den vom Arbeitskreis GmbH-Reform formulierten Thesenvorschlägen hervorgehoben.³⁸ Diese Rechtsfigur wurde später durch die BGH-Entscheidungen weiterentwickelt,³⁹ wobei die Rechtsfolge auf einer Durchgriffshaftung beruht, die ihre Rechtsgrundlage in einer analogen Anwendung von §§ 302, 303 AktG bzw. in dem „objektiven Missbrauch der Stellung des herrschenden Gesellschafters“ gefunden hat.

Diese Rechtsfigur wurde seit dem „Bremer Vulkan“-Urteil⁴⁰ von dem BGH ausdrücklich abgelehnt und stattdessen eine Existenzvernichtungshaftung aus der allgemeinen Durchgriffslehre wegen Missbrauchs der Rechtsfigur der GmbH eingeführt,⁴¹ die wiederum im „Trihotel“-Urteil⁴² durch eine Haftung aus Deliktsrecht ersetzt wurde.⁴³ Umstritten ist aber die Frage, ob die Rechtsfigur des „qualifizierten“ faktischen Konzerns möglicherweise auch neben der Existenzvernichtungshaftung

Konzernfinanzierung, S. 98; Raiser, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 2. Aufl., § 53 II 1 a, S. 575. Außerdem lässt sich das Verbot der nachteiligen Einflussnahme im faktischen GmbH-Konzern durch den Grundsatz der Gleichbehandlung begründen, die sich allerdings nur auf die Gesellschaft bezieht, s. Emmerich/Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Anh. zu § 318, Rn. 25.

³⁶ Emmerich/Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Anh. zu § 318, Rn. 23.

³⁷ Habersack, in: Emmerich/Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Anhang § 318 Rn. 30 m.w.N.
³⁸ Arbeitskreis GmbH-Reform, Hueck, Lutter, Mertens, Reh binder, Ulmer, Wiedemann, Zöllner, *Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform*, Bd. 2, 1972, 45 ff. 54, 70.

³⁹ BGHZ 95, 330 – „Autokran“; BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142 – „Video“; BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 – „TBB“.

⁴⁰ BGHZ 149, 10.

⁴¹ Bestätigt durch BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 – KBV.

⁴² BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689; bestätigt durch BGH NJW 2008, 2437 = ZIP 2008, 1232 – Gamma.

⁴³ Ausführliches s. unten in vorliegender Arbeit § 3 II 2 a, cc.

weiterhin im GmbH-Konzern anwendbar bleibt.⁴⁴

dd) Bestandschutz der GmbH durch Existenzvernichtungshaftung

Bei der Einpersonen-GmbH, wo es an Minderheitsgesellschafter fehlt und deshalb ein durch die Treuepflicht vermittelter Schutz der Gläubiger grundsätzlich ausscheiden muss, sieht sich das herrschende Unternehmen insofern so gut wie keinen Schranken der Einflussnahme ausgesetzt.⁴⁵ Allerdings ist dabei das Interesse der Gläubiger zu beachten. Das Interesse der Gläubiger liegt darin, dass die (abhängige) GmbH ihren Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern nachkommen kann. Der Alleingesellschafter kann zwar aufgrund seines Weisungsrechts die Leitungsmacht auf die Gesellschaft ausüben. Ihm ist aber nicht erlaubt, durch Entnahme des dazu erforderlichen Gesellschaftsvermögens die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten zu beeinträchtigen und damit die Gesellschaft zur Insolvenzsreife zu führen. Dafür hat der BGH ein Haftungsmodell für den von ihm genannten „existenzvernichtenden Eingriff“ in der Rechtsprechung⁴⁶ entwickelt.

Die Verpflichtung der Alleingesellschafter zur angemessenen Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der abhängigen GmbH wurde schon im „TBB“-Urteil anerkannt⁴⁷ und mit der analogen Anwendung der §§ 302, 303 AktG begründet. Dabei setzt sie den unternehmerischen Charakter des Alleingeschafters voraus. Durch das „Bremer-Vulkan“-Urteil⁴⁸ wurde sie mit der allgemeinen Erwägungen begründet und deshalb zu einer allgemeinen Haftung des Alleingeschafters für existenzvernichtende Eingriffe fortentwickelt.⁴⁹ Damit hat der BGH Abschied von den herkömmlichen Grundsätzen des „qualifizierten faktischen Konzern“ genommen.

Die Rechtsgrundlage für die Existenzvernichtungshaftung konnte im „Bremer Vulkan“-Urteil zunächst offen bleiben und wurde im Schrifttum aufgrund des Meinungsunterschieds zwischen Binnen- und Außenhaftung heftig diskutiert⁵⁰. In der

⁴⁴ Servatius, in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 4, Rn. 388, 392 ff.

⁴⁵ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 30 II 3, S. 419; vgl. auch Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 318, Rn. 27, 33.

⁴⁶ BGHZ 149, 10 16 f. = NJW 2001, 3622 = NZG 2002, 38 = ZIP 2001, 1874 („Bremer Vulkan“); BGH NJW 2002, 1803 = NZG 2002, 520; BGHZ 151, 181 186 ff. = NZG 2002, 914 = JZ 2002, 1047 = BGH ZIP 2002, 1578 („KBV“); BGH ZIP 2005, 117 (118); ZIP 2005, 250 (251); BGH ZIP 2007, 1552, 1554 ff. („Trihotel“).

⁴⁷ BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200; näher vgl. auch vor allem Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 318, Rn. 34 m.w.N.

⁴⁸ BGHZ 149, 10, 16 f. = NJW 2001, 3622 = NZG 2002, 38 = ZIP 2001, 1874.

⁴⁹ Vg. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 318, Rn. 43; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 28 I 2, S. 405.

⁵⁰ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 318, Rn. 35 m.w.N.

„KBV“-Entscheidung⁵¹ hat der BGH die Haftung des Alleingesellschafters mit der allgemeinen Durchgriffslehre begründet und damit zugleich das Modell einer Binnenhaftung verworfen.⁵² Danach soll der Alleingesellschafter wegen eines Missbrauchs der Rechtsform der GmbH für den Gläubigerausfallschaden einstehen. In jüngerer Zeit hat der BGH in seinem „Trihotel“-Urteil⁵³ die Gesellschafterhaftung bei eröffnetem Insolvenzverfahren auf die Innenhaftung gegenüber der GmbH beschränkt.⁵⁴ Die Geltendmachung obliegt dem Insolvenzverwalter. Nach der im Schrifttum vielfach vertretenen Meinung sollte zumindest für den Fall der Vermögenslosigkeit bzw. der Masselosigkeit weiterhin an der Außenhaftung festgehalten werden.⁵⁵ Die Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung gelten nicht nur für die Einpersonen-GmbH, sondern auch für schädigende Maßnahmen im Einvernehmen aller Gesellschafter.⁵⁶

3. Zurechnungsprobleme

Mit der Problematik der Konzernhaftung hängen die Zurechnungsprobleme eng zusammen. Dabei geht es um die Frage, „ob in einem Rechtsverhältnis unter Beteiligung einer Gesellschaft auf die hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter in dem Sinne „durchzugreifen“ ist, dass der Gesellschaft die Verhältnisse oder die Erklärungen ihrer Gesellschafter sowie deren Eigenschaften oder Kenntnisse oder umgekehrt dem Gesellschafter bestimmte Verhaltensweisen oder Kenntnisse der Gesellschaft zugerechnet werden.“⁵⁷ Die im Konzernrecht zu behandelnden Zurechnungsprobleme beziehen sich vor allem auf die Rechtsfolge aus der qualifizierten Einflussnahme bei der faktischen Abhängigkeit, wobei, wie oben erwähnt, zunächst die Verlustübernahme- bzw. Verlustausgleichspflicht, dann die Durchgriffshaftung des herrschenden Unternehmens⁵⁸ und schließlich die Haftung zum Schadensersatz wegen existenzvernichtenden Eingriffe in Betracht kommt. Während es sich bei den Legitimations- und Haftungsproblemen in erster Linie um gesellschafts- bzw. konzernrechtliche Organisationsfragen im Innenverhältnis handelt, gehören die Grundprobleme der Zurechnung zum sog. Konzernaußenrecht und

⁵¹ BGHZ 151, 181 186 ff. = NZG 2002, 914 = JZ 2002, 1047 = BGH ZIP 2002, 1578.

⁵² Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 317, Rn. 4 und Anh. zu § 318, Rn. 35.

⁵³ BGHZ 2007, 1552, 1554 ff.

⁵⁴ Näher dazu Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 318, Rn. 35.

⁵⁵ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 318, Rn. 35; vgl. auch J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 317, Rn. 61.

⁵⁶ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 28 I 2, S. 405; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 318, Rn. 23.

⁵⁷ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, 10 Aufl., 2006, § 13 Rn. 68.

⁵⁸ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 17 III 2, S. 502.

können ggf. dem allgemeinen Zivilrecht zugeordnet werden.⁵⁹

Folgt man der oben dargestellten Entwicklung der Rechtsprechung über die sog. qualifizierte Abhängigkeit bzw. existenzvernichtenden Eingriffe, haftet der Mehrheitsgesellschafter, gleichgültig ob er eine unternehmerische Eigenschaft besitzt oder nicht, im Prinzip nicht mehr direkt für den Ausfallschaden der Gesellschaftsgläubiger, sondern ist unter § 826 BGB der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet,⁶⁰ wenn die Eingriffe zur Insolvenzureife der Gesellschaft führen. Ihre Geltendmachung soll dem Insolvenzverwalter obliegen. Erst bei masseloser Insolvenz oder Überschuldung der Gesellschaft sollte den Gläubigern die Befugnis zustehen, die Ansprüche der Gesellschaft gegenüber geltend zu machen, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können.⁶¹ Allerdings liegen die Gründe hierfür nicht im Gesellschaftsrecht, sondern im Insolvenzrecht.⁶² In diesem Fall stellt sich diese Außenabwicklung nur materiell als „geordneter Durchgriff“ dar, in technischer Hinsicht ist sie eben kein Durchgriff,⁶³ so dass mindestens im faktischen GmbH-Konzern, abgesehen von der Meinung für das Beibehalten des qualifiziert faktischen Konzerns in der Mehrpersonen-GmbH, die Zurechnungsprobleme im gesellschafts- bzw. konzernrechtlichen Sinne nicht in Betracht kommen.

⁵⁹ K. Schmidt, GesR, § 17 II 3a, S. 496 f.

⁶⁰ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. zu § 318, Rn. 44.

⁶¹ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 9 IV 5, S. 244 f.

⁶² K. Schmidt, GesR., § 9 IV 5, S. 244.

⁶³ K. Schmidt, GesR., § 9 IV 3b, S. 239.

§ 3 Kreditsicherung im Konzern und Konzernhaftung

Auch im Konzernverhältnis gilt das Trennungsprinzip, so dass nur ausnahmsweise in Fällen des Haftungsdurchgriffs die Konzernmutter unter bestimmten Voraussetzungen für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft haftet⁶⁴. Außerdem ist es in der Praxis nicht selten, dass andere Konzernunternehmen auf rechtsgeschäftlichem Wege in den Haftungsverbund einbezogen werden, etwa durch die Bürgschaft (§ 765 BGB), den Schuldbeitritt oder die Garantie (§ 305 BGB), oder im Konzernverhältnis häufig durch Patronatserklärungen, Liquiditätszusagen und Organschaftserklärungen⁶⁵. Auf konzernrechtlicher Ebene handelt es sich in erster Linie um die Haftung des herrschenden Unternehmens aus der bestehenden Konzernsituation heraus⁶⁶ oder um die Haftung der Maßnahmen der Konzernleitung gegenüber der abhängigen Gesellschaft. Allerdings könnten den Tochtergläubigern nach konzernrechtlichen Regeln unter Umständen auch Ansprüche gegenüber der Konzernmutter eingeräumt werden, so dass das Verhältnis zwischen solchem konzernrechtlichen und dem schuldrechtlichen Anspruch, in vorliegender Arbeit also dem Anspruch aus dem Sicherungsgeschäft, zu erklären ist.

I. Kreditsicherung durch die abhängige Gesellschaft zugunsten des herrschenden Unternehmens im Vertragskonzern

Im Vertragskonzern ist der rechtliche Status des herrschenden und des abhängigen Unternehmens durch die Leitungsmacht und die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens gekennzeichnet, die für die Sicherheitenbestellung der abhängigen Gesellschaft zugunsten anderer verbundenen Unternehmen aufgrund der Einflussnahme des herrschenden Unternehmens relevant sein könnten.

1. Rechtfertigung der Sicherheitenbestellung unter Veranlassung des herrschenden Unternehmens durch das Weisungsrecht im Konzernvertrag

a) Das Weisungsrecht im Vertragskonzern

⁶⁴ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 302 I Rn. 5; über das Durchgriffsproblem vgl. auch K. Schmidt, GesR, § 9.

⁶⁵ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 302 II Rn. 7 ff.

⁶⁶ Vgl. z.B. K. Schmidt, GesR, § 17 I 4, S. 504.

aa) Zulässigkeit der Weisungen

Nach dem Leitbild des Aktiengesetzes soll die AG über eine autonome Verwaltung verfügen. Die Einflussnahme des einzelnen Aktionärs, die solche Autonomie gefährdet, ist grundsätzlich unzulässig. Nach der legislatorischen Konzeption ist die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens (nur) durch einen Unternehmensvertrag zu legitimieren⁶⁷. Die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens ist vor allem durch das ihm eingeräumte Weisungsrecht (§ 308 Abs. 1 AktG) geprägt, wobei die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln auf das Abhängigkeitsverhältnis durch Unternehmensvertrag verdrängt werden könnten⁶⁸.

Unter eine Weisung in diesem Sinne fällt jede Handlung des herrschenden Unternehmens, „durch die es über den Vorstand der abhängigen Gesellschaft Einfluss auf deren Leitung nehmen will, vorausgesetzt, dass die fragliche Maßnahme für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft zumindest faktisch in dem Sinne verbindlich ist, dass seine erneute Bestellung gefährdet ist, wenn er der Weisung des herrschenden Unternehmens nicht nachkommt.“⁶⁹ Dazu gehören auch nachteilige Weisungen, soweit sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen (§ 308 Abs. 2 S. 2 AktG, meistens abgekürzt Konzerninteresse genannt)⁷⁰. Eine nachteilige Weisung ist dann gegeben, wenn sie Maßnahmen betrifft, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter, der sich ausschließlich an den Interessen seiner Gesellschaft orientiert, nicht vorgenommen hätte⁷¹.

bb) Unzulässige Weisungen

Nicht zulässig sind zunächst nachteiligen Weisungen, die dem Konzerninteresse nicht dienen. Dies ist der Fall, wenn dabei die Nachteile für die abhängige Gesellschaft nicht in einem vernünftigen Verhältnis zu den Vorteilen für den Gesamtkonzern stehen⁷². Der Begriff des Vorteils ist in diesem Zusammenhang mit dem des § 311 Abs. 2 S. 1 AktG zu verknüpfen, wobei grundsätzlich jeder positive Effekt der Weisung auf die Vermögens- oder Ertragslage des herrschenden Unternehmens oder

⁶⁷ Das Abhängigkeitsverhältnis ohne Abschluss eines Beherrschungsvertrags sollte in der Vorstellung des Gesetzgebers die Ausnahme sein, jedoch dominieren in der Praxis stattdessen die faktischen Konzernverhältnisse, vgl. Kübler, Gesellschaftsrecht, § 29 I, S. 363 f.

⁶⁸ Vgl. § 291 Abs. 3 AktG, Ausführliches zum Verhältnis zwischen den gesellschaftsrechtlichen und den konzernrechtlichen Regeln s. unten § 9.

⁶⁹ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 23 IV 1 a, S. 342.

⁷⁰ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 31 III 2 c, S. 955 f.; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 23 V 2 a, S. 345.

⁷¹ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 23 V 2 a, S. 345.

⁷² Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 23 V 2 b, S. 346.

eines anderen mit ihm konzernverbundenen Unternehmens genügt.⁷³ Demzufolge sind die nachteiligen Weisungen unzulässig, wenn sich der Konzern aufgrund der durch die Weisungen entstehenden Schädigung der abhängigen Gesellschaft im Ergebnis letztlich insgesamt nicht besser oder zumindest nicht ebenso gut wie zuvor stellt.

Unzulässig sind außerdem die sog. existenzbedrohenden Weisungen, „durch die aktuell die Existenz der abhängigen Gesellschaft oder doch ihre Überlebensfähigkeit nach Beendigung des Beherrschungsvertrags bedroht wird.“⁷⁴ Darüber hinaus ist das Weisungsrecht einzuschränken, wenn der Anspruch auf Verlustausgleich der abhängigen Gesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen, etwa infolge fehlender Bonität, nicht mehr sichergestellt ist, denn das Weisungsrecht wird deshalb eingeräumt, weil sich das herrschende Unternehmen zum Verlustausgleich verpflichtet (§ 302 AktG)⁷⁵. Eine unrechtmäßige Weisung führt nicht nur zur Haftung der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens bzw. der Organe der abhängigen Gesellschaft (§§ 309, 310 AktG, oder sogar aus Deliktrecht, §§ 31, 823 Abs. 2 und 826 BGG)⁷⁶. Dabei kann die Nachteiligkeit derartiger Weisungen wegen der Unzulässigkeit nicht legitimiert werden, so dass die über die Verlustausgleichshaftung hinausgehende Haftung des herrschenden Unternehmens aus allgemeinem Gesellschaftsrecht wieder in Betracht kommen könnte.

b) Die Zulässigkeit der Kreditsicherung im Vertragskonzern

Zu der Beurteilung, ob die Einflussnahme des herrschenden Unternehmens auf die abhängige Gesellschaft als nachteilig zu beurteilen ist, ist nach dem oben Geschilderten die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters maßgeblich. Dies ist im Einzelfall nach dem konkreten Sachverhalt zu prüfen. Zur Ergänzung dieses Maßstabs wird im Schrifttum vorgeschlagen, die Grundsätze über die sog. „verdeckte Gewinnausschüttung“ heranzuziehen. Demzufolge liegt ein Nachteilsgeschäft vor, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein objektives Missverhältnis besteht. Im vorliegenden Sachverhalt belastet die Sicherheitenbestellung der abhängigen Gesellschaft auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens für Kredite an andere verbundenen Unternehmen das Gesellschaftsvermögen und stellt nach zutreffender Ansicht deshalb eine nachteilige

⁷³ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 23 V 2 a, S. 345.

⁷⁴ H.M., vgl. vor allem Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 23 V 4 c, S. 349 m.w.N.; Krieger, MünchHdb Aktiengesellschaft, § 70, Rn. 134 m.w.N.

⁷⁵ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 23 V 4 c bb, S. 350.

⁷⁶ Vgl. Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 23 V 4 c bb, S. 350.

Maßnahme dar, wenn keine angemessene Gegenleistung gewährt wird⁷⁷. Bei der typischen Kreditsicherung im Konzern besteht im Regelfall keine angemessene Gegenleistung. Eine derartige Kreditsicherung ist trotz ihrer Nachteiligkeit dann zulässig, wenn sie dem Konzerninteresse dient. Dies ist nach dem oben Genannten der Fall, da bezüglich des gesamten Konzerns die durch die Sicherheitenbestellung entstehende Schädigung der Tochtergesellschaft im Ergebnis durch die Aufnahme der besicherten Kreditsumme kompensiert wird, damit sich der Konzern insgesamt ebenso gut wie zuvor steht. Insofern sollte die Kreditsicherung zwar wegen des Verstoßes gegen die Kapitalerhaltensregelungen nach § 57 Abs. 1, 3 AktG generell verboten sein⁷⁸. Im Vertragskonzern sind diese Vorschriften aber durch § 291 AktG verdrängt, abgesehen von dem Fall der „existenzbedrohenden Weisung“.

2. Das Verhältnis zwischen der Sicherheitsleistung nach § 302, 303 AktG und dem zu behandelnden Sicherungsgeschäft

a) Die Anwendungsbegrenzung für das sicherungsnehmende Kreditinstitut

Zum Schutz der Tochtergläubiger kommen im Recht des Vertragskonzerns die Pflicht zur Verlustübernahme nach § 302 AktG und die Sicherheitsleistungspflicht nach § 303 AktG seitens des herrschenden Unternehmens in Betracht. Beide könnten als „atypische Sicherheit“ für die Forderung der Tochtergläubiger betrachtet werden⁷⁹. Während § 303 AktG den Gläubigern einen unmittelbaren Anspruch gegenüber der Konzernmutter einräumt, können die Tochtergläubiger den im Prinzip nur der Tochtergesellschaft eingeräumten Anspruch auf Verlustausgleich⁸⁰ pfänden und sich überweisen lassen (§§ 829, 835 ZPO)⁸¹. Bezüglich des zu behandelnden Sicherungsgeschäfts zwischen dem Kreditinstitut und der Untergesellschaft ist dies nur dann von Bedeutung, solange dem Kreditinstitut durch dieses Sicherungsgeschäft schuldrechtliche Ansprüche (§ 241 BGB)⁸² gegenüber der abhängigen Gesellschaft zustehen, also wenn das Kreditinstitut als Gläubiger der abhängigen Gesellschaft

⁷⁷ Vgl. z.B. Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 25 II 2 b, S. 379; Horn, ZIP 1987, 1225, 1228 m. Fn. 42.

⁷⁸ H.M., vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 47 m.w.N.

⁷⁹ Dazu vgl. Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613 ff.

⁸⁰ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 302 Rn. 4.

⁸¹ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 20 V 6, S. 296; Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 616 m.w.N. Eine Abtretung solcher Ansprüche von der abhängigen Gesellschaft an ihre Gläubiger (§ 398 BGB) als Sicherung der Forderung bedarf einer zusätzlichen Vereinbarung und soll nichts anders als ein übliches Sicherungsgeschäft behandelt werden.

⁸² Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 303 Rn. 9, S. 266.; Stephan, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 303, Rn. 6.

auftritt. Das Kreditinstitut kann nur durch die Bestellung von Personalsicherheiten schuldrechtliche Ansprüche gegenüber der Untergesellschaft erlangen, wie typischerweise z.B. die Bürgschaft, die Forderungsgarantie, der Schuldbeitritt und Modifizierungen davon. Hiervon nicht erfasst sind dingliche Ansprüche durch die Bestellung von Realsicherheiten⁸³, wie die Hypothek, das Pfandrecht an beweglichen Sachen oder an Rechten, die Sicherungsübereignung, der Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsabtretung. Somit kann man davon ausgehen, dass das Gläubigerschutzsystem des Vertragskonzerns im Aktienrecht für die Kreditinstitute, die von der Konzerntochter dingliche Sicherheiten für Kredite an andere Konzernunternehmen übernehmen, nicht relevant ist.

b) Die Verpfändung des Anspruchs gegen die Muttergesellschaft nach § 302 AktG als eine alternative Vollstreckung einer Personalsicherheit durch die Tochtergesellschaft

In dem Fall, in dem das Kreditinstitut Personalsicherheiten von der Untergesellschaft angenommen hat, steht dem Kreditinstitut bei der Vollstreckung seines Anspruchs gegen die sicherungsgebende Untergesellschaft eine ergänzende Möglichkeit zur Verfügung, den Verlustausgleichsanspruch der Untergesellschaft aus § 302 AktG gegen die Konzernmutter zu verpfänden und sich überweisen zu lassen. Dies gilt lediglich während der Dauer des Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrages. Die Pfändung des Verlustausgleichsanspruchs stellt jedoch keine ausreichende Sicherung dar⁸⁴. Zunächst ist jeder einzelne Gläubiger vollstreckungsberechtigt⁸⁵, so dass das Kreditinstitut dadurch mit anderen Tochtergläubigern konkurrieren muss. Darüber hinaus setzt die Ausgleichsforderung die Feststellung des Jahresabschlusses voraus⁸⁶, wobei die Muttergesellschaft zur Abwehr des Ausgleichsanspruchs die Feststellung des Jahresabschlusses verzögern kann, etwa durch die einredeweise Geltendmachung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses⁸⁷, während das Kreditinstitut als Vollstreckungsgläubiger hierauf keinen unmittelbaren Einfluss ausüben kann.

⁸³ Sofern der Gläubiger eines dinglichen Anspruchs bereits anderweitig gesichert ist, besteht entsprechend § 303 Abs. 2 keine Notwendigkeit zur Anwendung des § 303 Abs. 1, s. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 303 Rn. 12, 26.

⁸⁴ Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 617.

⁸⁵ Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 617 m.w.N.

⁸⁶ Anders geht der BGH davon aus, dass die Höhe des Ausgleichsanspruchs nicht durch den festgestellten Jahresabschluss rechtsverbindlich festgelegt wird, sondern durch den zum Bilanzstichtag zutreffend ausgewiesenen Fehlbetrag bestimmt. S. BGH, Urteil von 11.10. 1999 – II ZR 120/98.

⁸⁷ Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 617; Meister, WM 1976, 1182, 1185.

c) Sicherheitsleistung der Muttergesellschaft nach § 303 AktG neben der Personalsicherheit der Tochtergesellschaft

Hat das Kreditinstitut unter den gesetzlichen Voraussetzungen des § 303 AktG eine Personalsicherheit durch die Tochtergesellschaft angenommen, dann steht ihm nach Beendigung des Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrages ein Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen die Muttergesellschaft zu. Nicht nur die Sicherheiten nach §§ 232 ff. BGB⁸⁸, sondern auch die Übernahme einer einfachen Bürgschaft (§ 303 Abs. 3 AktG) fallen unter die Sicherheitsleistung i.S.d. § 303 AktG. Die Muttergesellschaft kann selbst entscheiden, mit welchen Sicherheiten diese Forderung zu befriedigen ist⁸⁹. Da der Anspruch nach § 303 AktG ein normaler schuldrechtlicher Anspruch ist, kann das Kreditinstitut als Anspruchsberechtigter notfalls seinen Anspruch durch Leistungsklage gegen die Muttergesellschaft durchsetzen⁹⁰. Falls von den Parteien keine Übereinstimmung über die Art der Sicherheitsleistung vereinbart wird, muss bei Klageantrag die Wahl der Sicherheitsleistung dem Schuldner überlassen werden und ist ihm auch im Urteilsspruch freizustellen⁹¹.

In der Praxis erfolgt die Sicherheitsleistung meist durch die Bürgschaft des herrschenden Unternehmens⁹². Für die Bürgschaft gem. § 303 Abs. 3 AktG gelten die §§ 765 ff. BGB, 305 HGB, so dass die Bürgschaft ein Vertrag ist⁹³ und es daher einer besonderen vertraglichen Vereinbarung zwischen der Obergesellschaft und dem Kreditinstitut bedarf. Da der Muttergesellschaft ein Wahlrecht zur Sicherheitsleistung zusteht, kann das Kreditinstitut bei Wahl der Bürgschaft durch die Muttergesellschaft nur noch diese beanspruchen (§ 263 Abs. 2 BGB), so dass es sich zur Mitwirkung am Zustandekommen der Bürgschaft verpflichtet⁹⁴. In diesem Fall ist eine Klage auf den Anspruch auf Sicherheitsleistung gem. § 303 Abs. 1 AktG gegen die Obergesellschaft ausgeschlossen⁹⁵. Gleiches gilt auch, wenn das Kreditinstitut die Bürgschaft ablehnt⁹⁶.

⁸⁸ Stephan, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 303, Rn. 25; Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 618 m.w.N.

⁸⁹ § 303 Abs. 3 AktG begründet eine Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners nach den §§ 262 ff. BGB, s. Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 20 VI 4, S. 301; vgl. auch Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 618 m.w.N.

⁹⁰ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 20 VI 4, S. 301; BGH NJW 1996, 1539 = AG 1996, 321; OLG Düsseldorf, AG 1996, 426.

⁹¹ Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 618.

⁹² Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 20 VI 4, S. 301; Hüffer, AktG, § 303, Rn. 6; Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 618 m. Fn. 77, 82; Stephan, in Schmidt/Lutter, AktG, § 303, Rn. 25.

⁹³ Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 618.

⁹⁴ Vgl. Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 20 VI 4, S. 301; Stephan, in Schmidt/Lutter, AktG, § 303, Rn. 25.

⁹⁵ Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 618.

⁹⁶ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 20 VI 4, S. 301; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 303 Rdnr. 21; Stephan, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 303, Rn. 25; Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 618 m.w.N.; a.A. geht davon aus, dass sich der Gläubiger durch die Nichtabgabe seiner Willenserklärung im Hinblick auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages das

Im Ergebnis haftet neben der Tochtergesellschaft, die zugunsten anderer verbundener Unternehmen dem Kreditinstitut die Personalsicherheit abgegeben hat, auch die Muttergesellschaft durch die Übernahme einer Bürgschaft gegenüber dem Kreditinstitut nach § 303 Abs. 3 AktG. Allerdings besichert die Übernahme der Bürgschaft durch die Muttergesellschaft nach § 303 Abs. 3 AktG die Forderung des Kreditinstituts gegen die Tochtergesellschaft aus der durch sie abgegebenen Personalsicherheit, während die letztere der Sicherung der Forderung des Kreditinstituts aufgrund des Kreditgeschäfts mit anderen verbundenen Unternehmen dient. Dabei liegt eine Nachbürgschaft⁹⁷ vor, wenn die Tochtergesellschaft zur Sicherung der Forderung des Kreditinstituts gegen das kreditnehmende verbundene Unternehmen aus dem Kreditgeschäft auch eine Bürgschaft übernommen hat. In diesem Fall ist die Muttergesellschaft der Nachbürge und die Tochtergesellschaft der (Haupt-)Vorbürge. Obwohl für den Nachbürgen, also die Muttergesellschaft, die Vorbürgschaft durch die Tochtergesellschaft die Hauptschuld ist⁹⁸, gilt für den Kreditgeber das kreditnehmende verbundene Unternehmen als Hauptschuldner, dessen Schuld aus dem Kreditgeschäft durch die von der Tochtergesellschaft übernommene (Vor-)Bürgschaft gesichert ist⁹⁹.

Hierbei wird die Wirksamkeit der Nachbürgschaft gem. § 303 Abs. 3 AktG in Frage gestellt, wenn die Muttergesellschaft selbst den Kredit aufgenommen hat. Wenn der Hauptschuldner dem Gläubiger bereits mit seinem gesamten Vermögen haftet, wäre die „Verbürgung“ des Schuldners für die eigene Schuld aus Sicht des Gläubigers wertlos, weil sie nicht zu einer Erhöhung seiner Sicherheit führen könnte.¹⁰⁰

Demzufolge muss der Bürge vom Hauptschuldner verschieden, also der Hauptschuldner ein nicht am Bürgschaftsvertrag beteiligter Dritter sein.¹⁰¹ Nimmt die Muttergesellschaft im Vertragskonzern einen Kredit auf und lässt ihn durch die Bürgschaftsübernahme der Tochtergesellschaft besichern, darf die Konzernmutter sich nach Beendigung des Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrags nicht auf § 303 Abs. 3 AktG berufen und durch eine eigene Verbürgung den Anspruch des Kreditinstituts auf Sicherheitsleistung nach § 303 Abs. 1 AktG abwehren. Stattdessen muss sie für die Bürgschaft durch die Tochtergesellschaft Sicherheiten nach §§ 232 ff. BGB leisten. Die Geltendmachung des § 303 Abs. 3 AktG ist in diesem Fall ausgeschlossen. All dies soll auch für Fälle bei Bestellung anderer

Recht auf Sicherheitsleistung gem. § 303 Abs. 1 AktG erhalten könne, vgl. Würdinger, in: GrossKomm. AktG, 3. Aufl., § 33 Anm. 7.

⁹⁷ Dazu vgl. Horn, in: Staudinger-BGB, Vorbem. 1 zu §§ 765 ff. Rn. 57 ff.; Weber, Kreditsicherheiten, 2002, § 4 VIII, S. 112 f.

⁹⁸ Horn, in: Staudinger-BGB, Vorbem. 1 zu §§ 765 ff. Rn. 57.

⁹⁹ Weber, Kreditsicherheiten, 2002, § 4 VIII, S. 113; BGHZ 73, 94; a.A. Larenz/Canaris II/2, § 60 V 3.

¹⁰⁰ Weber, Kreditsicherheiten, § 3 I 1, S. 50.

¹⁰¹ Weber, Kreditsicherheiten, § 3 I 1, S. 50.

Personalsicherheiten durch die Tochtergesellschaft gelten.

d) Keine Bedeutung der Ausfallhaftung bei der Bestellung von Personalsicherheiten durch die Tochtergesellschaft für Kreditgewährung an die Konzernmutter

Im Fall der Insolvenz der Tochtergesellschaft ist der Anspruch auf Sicherheitsleistung seitens ihrer Gläubiger gegen die Konzernmutter sinnlos. Nach h.M. steht den Gläubigern der Tochtergesellschaft statt des Anspruchs auf Sicherheitsleistung ein direkter Zahlungsanspruch gegen die Konzernmutter zu, mindestens „wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der abhängigen Gesellschaft mangels Masse abgelehnt, das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt oder die Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht wurde“¹⁰².

Im Fall der Besicherung durch eine Tochtergesellschaft für die Kreditgewährung an ein anderes verbundenes Unternehmen kann die Tochtergesellschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip von dem Kreditinstitut nur in Anspruch genommen werden, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit gegenüber dem Kreditinstitut nicht erfüllen kann. Insofern kann die Ausfallhaftung nur Bedeutung gewinnen, wenn die Muttergesellschaft und das kreditnehmende verbundene Unternehmen verschieden sind. Nimmt die Konzernmutter den Kredit auf, dann verliert die Ausfallhaftung im Fall der Vermögenslosigkeit der sich verbürgenden Tochtergesellschaft ihre Bedeutung, da dem Kreditinstitut aufgrund des Kreditgeschäfts eigentlich ein direkter Zahlungsanspruch gegen die Muttergesellschaft zusteht. Darüber hinaus setzt das Vorliegen einer Ausfallhaftung die Inanspruchnahme der sich verbürgenden Tochtergesellschaft voraus, dies bedeutet wiederum, dass die kreditnehmende Muttergesellschaft ihre Verbindlichkeit gegenüber dem Kreditinstitut nicht mehr erfüllen kann. Im Ergebnis ändert sich die Rechtsstellung des Kreditinstituts durch die Ausfallhaftung nicht. Andernfalls kann der direkte Zahlungsanspruch des Kreditgebers aufgrund der Ausfallhaftung gegen die Muttergesellschaft eine zusätzliche Sicherheit für die Forderung aus dem Kreditgeschäft darstellen, wenn der Kredit statt der Muttergesellschaft einem anderen verbundenen Unternehmen gewährt wird.

¹⁰² Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 303 Rn. 24; vgl. auch Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 619; Stephan, in Schmidt/Lutter, AktG, § 303 Rn. 28, jeweils m.w.N.

3. Das Recht des GmbH-Vertragskonzerns bezüglich der zu behandelnden Kreditsicherung einer Gesellschaft zugunsten anderer verbundener Unternehmen

a) Die Legitimation der nachteiligen Weisung zur Sicherheitenbestellung einer abhängigen GmbH durch Unternehmensvertrag

Da Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsverträge Unternehmensverträge sind, kann auch eine GmbH sich durch sie unter die Leitung eines anderen Unternehmens stellen. Allerdings sind die Vorschriften über die Vertragskonzerne im Aktienrecht wegen der strukturellen Unterschiede zwischen der AG und der GmbH nur nach Maßgabe der besonderen Gegebenheiten des GmbH-Rechts analog anwendbar¹⁰³. Bezüglich der Geschäftsführung ist den Gesellschaftern in einer GmbH, anders als in einer AG, durch die Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführer eine Einflussmöglichkeit eingeräumt. Eine eigene Verantwortung der Geschäftsführer für die Geschäftsführung ist im GmbH-Recht nicht vom Gesetz vorgesehen, so dass die Übertragung der Leitung einer GmbH auf das herrschende Unternehmen durch einen Beherrschungsvertrag für das Gesellschaftsinteresse nicht nachteiliger sein kann als in einer AG. Im Ergebnis ist sodann eine Analogie des § 308 AktG anzunehmen¹⁰⁴, damit die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung durch den Beherrschungsvertrag auf das herrschende Unternehmen übergeht¹⁰⁵. Dazu kommen auch nachteilige Weisungen¹⁰⁶. Demzufolge ist im GmbH-Vertragskonzern die Sicherheitenbestellung der abhängigen GmbH zugunsten eines Konzernunternehmens, die aus einer Weisung des herrschenden Unternehmens erfolgt, trotz des Vermögensnachteils seitens der abhängigen GmbH durch den Beherrschungsvertrag legitimiert. Dabei sind auch die Schranken des Weisungsrechts wie im Aktienkonzernrecht einzuhalten¹⁰⁷.

b) Die analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG auf den GmbH-Vertragskonzern

¹⁰³ Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 131; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 32 I 2, S. 480; K. Schmidt, GesR., § 39 I 2 c, S. 1211.

¹⁰⁴ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 170 ff.

¹⁰⁵ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 32 III 1, S. 491 m.w.N.; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 171; § 25 II 1, S. 409; BGH LM Nr. 2 zu § 293 AktG = NJW 1992, 1452 = Die AG 1992, 192, 194 „Siemens/NRG“; BGHZ 105, 311, 324; Zöllner, Baumbach/Hueck-GmbHG, Schlussanhang I, Rn. 41 ff., 48 ff.; ders., ZGR 1992, 173, 186 f.

¹⁰⁶ Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 175 f.

¹⁰⁷ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 177.

Weitgehend anerkannt ist auch, dass §§ 302, 303 AktG auf den GmbH-Vertragskonzern analog anwendbar sind¹⁰⁸. Demzufolge kann das Kreditinstitut wie im Aktienkonzern auch im GmbH-Konzern bei der Bestellung von Personalsicherheiten durch die Tochtergesellschaft für seine Forderung aus dem Kreditgeschäft den Verlustausgleichsanspruch pfänden und sich überweisen lassen¹⁰⁹. Nach Beendigung des Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrags kann das Kreditinstitut auch analog § 303 AktG eine Sicherheitsleistung verlangen¹¹⁰. Insofern gilt die Ausfallhaftung nicht anders als im Aktienkonzern¹¹¹.

II. Kreditsicherung durch die abhängige Gesellschaft zugunsten des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern

Während die Regelungen bezüglich des Gläubigerschutzes im faktischen Aktienkonzern gesetzlich in §§ 311 ff. AktG vorgeschrieben sind, fehlt es an gesetzlichen Regelungen über den Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern. Dafür werden in der Rechtsprechung und Literatur Grundsätze entwickelt, worunter noch zwischen den Regeln über die mehrgliedrige GmbH und diejenige über die Ein-Personen-GmbH zu unterscheiden ist¹¹². Den ersteren liegt die mitgliedschaftliche Treuepflicht zugrunde¹¹³. Für die letzteren gelten seit dem Bremer-Vulkan-Urteil statt der herkömmlichen Regeln über den sog. qualifizierten faktischen Konzern¹¹⁴ die Grundsätze der existenzvernichtenden Eingriffe¹¹⁵.

¹⁰⁸ BGH, LM Nr. 46 zu § 105 HGB = NJW 1980, 231 = AG 1980, 47 „Gervais“; BGHZ 95, 330, 345 f. = NJW 1986, 188 = JuS 1986, 236 Nr. 12 „Autokran/Heidemann“; BGHZ 105, 168, 182 = NJW 1988, 3143 „HSW“; BGHZ 195, 324, 336 = NJW 1989, 295 = JuS 1989, 410 Nr. 9 „Supermarkt“; BGHZ 116, 37, 39 = NJW 1992, 505 = JuS 1992, 437 Nr. 9 „Stromlieferung/Hansa Feuerfest“; BAGE 61, 94 = AP Nr. 22 zu § 16 Betr. AVG = AG 1991, 274, 275 = NZA 1989, 844; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 180; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 302, Rn. 25, § 303, Rn. 3; Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 614 m.w.N.; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., 2006, Schlussanh., Rn. 105 m.w.N.

¹⁰⁹ Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlussanh., Rn. 106.

¹¹⁰ Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlussanh., Rn. 108.

¹¹¹ BGHZ 95, 347.

¹¹² Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 88 ff.; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlussanh., Rn. 112 f.

¹¹³ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 90.

¹¹⁴ A.A. spricht für die Beibehaltung des qualifizierten Konzerns, s. vor allem Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., 2006, Schlussanh., Rn. 155 m.w.N.; vgl. auch Cahn, ZIP 2001, 2159, 2160; Eberl-Borges, WM 2003, 105 f.; ders., Jura, 2002, 761, 765. Für teilweise Anwendung, s. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 123 f.

¹¹⁵ Dazu vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13, Rn. 98 ff., Anh. § 13, Rn. 90. Diese Regel findet ausnahmsweise auch Anwendung auf mehrgliedrige Gesellschaften, wenn die Gesellschafter einvernehmlich handeln, s. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 90, 123.

1. Kreditsicherung im faktischen Aktienkonzern

Es ist denkbar, dass ein Unternehmen eine Gesellschaft zur Sicherheitenbestellung auch ohne Abschluss eines Beherrschungsvertrags beeinflussen könnte. Insofern sind die Vorschriften über den sog. (einfachen) „faktischen Konzern“ aus §§ 311 bis 318 AktG einschlägig.

a) Tatbeständliche Voraussetzungen der §§ 311 ff. AktG

aa) Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses

§§ 311 bis 318 AktG gelten für die Einflussnahme des herrschenden Unternehmens auf die abhängige AG bei bestimmten nachteiligen Rechtsgeschäften oder Maßnahmen. Die Anwendung dieser Vorschriften setzt zuerst das Vorliegen des Abhängigkeitsverhältnisses i.S.d. § 17 AktG zwischen dem Unternehmen und der AG voraus. Für die Annahme einer Abhängigkeit reicht eine Einflussmöglichkeit schon aus¹¹⁶, wobei diese Möglichkeit rechtlich oder tatsächlich abgesichert sein muss¹¹⁷. Nach § 17 Abs. 2 AktG ist eine Abhängigkeit zu vermuten, wenn die Mehrheitsbeteiligung i.S.d. § 16 AktG eines anderen Unternehmens vorliegt. Aber auch bei Minderheitsbeteiligung kann eine Abhängigkeit vorliegen, wenn ein anderes Unternehmen durch seine Herrschaft über die Personalpolitik auch die Geschäftspolitik in entscheidenden Punkten beeinflussen kann¹¹⁸. Dies gilt besonders bei Publikumsgesellschaften, wo sich die Aktien in Streubesitz befinden, so dass die Minderheitsbeteiligung eine sichere und dauerhafte Hauptversammlungsmehrheit verschafft¹¹⁹. Gleich sieht es auch im Fall der personellen Verflechtung zwischen der herrschenden und der abhängigen Gesellschaft aus¹²⁰. Insofern kann man davon ausgehen, dass eine Bank sich durch das Depotstimmrecht in Zusammenhang mit einem eigenen Anteilsbesitz durchaus einen beherrschenden Einfluss auf eine andere Gesellschaft verschaffen kann.¹²¹

¹¹⁶ Vgl. BGHZ 62, 193, 201 = NJW 1974, 855 = JuS 1974, 738 Nr. 7 „Seitz“; OLG Düsseldorf, AG 1994, 36, 37 f. = ZIP 1993, 1791 „Feldmühle Nobel (Feno)“; OLG München, AG 1995, 383 = NJW-RR 1995, 1066 = WM 1995, 898; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 8. Aufl., § 3 II 2, S. 36.

¹¹⁷ Vgl. Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 3 II 2, S. 36 f. Die Abhängigkeit muss jedoch gesellschaftsrechtlich vermittelt sein, wirtschaftliche oder tatsächliche Abhängigkeit reicht nicht aus, vgl. BGHZ 90, 381, 395 ff. = NJW 1984, 1893 „BuM“; BGHZ 121, 137, 145 = NJW 1993, 2114 „WAZ/IKZ“; anders z.B. LG Oldenburg, ZIP 1992, 1632, 1636.

¹¹⁸ Vgl. Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 3 II 2, S. 36 f.

¹¹⁹ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 3 II 5 a, S. 40.

¹²⁰ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 3 II 5 a, S. 41.

¹²¹ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 3 II 5 b, S. 41 m.w.N.

bb) Veranlassung zur Maßnahme

§§ 311 ff. AktG sind darüber hinaus nur anwendbar, wenn der Vorstand der abhängigen AG unter der Veranlassung des herrschenden Unternehmens nachteilige Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen vorgenommen hat. Eine Veranlassung kommt in Betracht, wenn das herrschende Unternehmen mithilfe seines gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflusses das Verhalten der abhängigen Gesellschaft zu bestimmen versucht¹²². Zur Maßnahme i.S.v. §§ 311 ff. AktG gehört jeder Akt der Geschäftsführung, der sich auf die Vermögens- oder Ertragslage der abhängigen Gesellschaft auswirken kann¹²³. Das hier bezeichnete Rechtsgeschäft ist mithin eine bestimmte Form der Maßnahme¹²⁴. Hierbei ist noch zu beachten, dass die Einflussmöglichkeit des herrschenden Unternehmens auf gesellschaftsrechtlichen Gründen beruhen muss¹²⁵. Nicht zuletzt muss zwischen der Veranlassung seitens des herrschenden Unternehmens und der Maßnahme der abhängigen AG Kausalität bestehen¹²⁶.

cc) Nachteiligkeit der Maßnahme

Schließlich ist für die Anwendung der §§ 311 ff. AktG erforderlich, dass die unter der Veranlassung des herrschenden Unternehmens von dem Vorstand der abhängigen AG vorgenommenen Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen nachteiligen Charakter haben. Bezüglich der Rechtsfolge der §§ 311 ff. AktG sind die in Frage kommenden Maßnahmen dann nachteilig, wenn sie negative Auswirkung auf die Vermögens- oder Ertragslage der abhängigen AG nach sich ziehen¹²⁷. Nach der heute h.M. liegt dann kein Nachteil vor, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft solche Maßnahmen unter vergleichbaren Umständen auch vorgenommen hätte¹²⁸. Hier liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG dem Begriff des Nachteils zugrunde¹²⁹. Im Schrifttum wird vorgeschlagen, für

¹²² Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 22.

¹²³ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 37.

¹²⁴ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 37.

¹²⁵ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 22.

¹²⁶ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 22, 38.

¹²⁷ BGHZ 141, 79, 84 = NJW 1999, 1706 f. (Metallgesellschaft); BGHZ 179, 71 = NZG 2009, 107 Rdnr. 12. = BGH NJW 2009, 850 Tz. 10 (MPS); Leuering/Goertz, in: Hölter, Aktiengesetz, 1. Aufl., 2011, Rn. 62, m.w.N.; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 39, 40. Dazu ergänzend geht der BGH im MPS-Urteil davon aus, dass dabei keine strengeren Maßstäbe gelten könnten als diejenigen, die in der Neuregelung des § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG aufgestellt worden seien.

¹²⁸ Leuering/Goertz, in: Hölter, Aktiengesetz, Rn. 52 ff., 62, jeweils m.w.N.; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 40, 53.

¹²⁹ Vgl. Vgl. BGHZ 135, 244, 253 = NJW 1997, 1926; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 40; vgl. auch Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, 7. Aufl., 2001, § 25 II 1, S. 405, § 25 II 3, S. 410.

die Beurteilung der Verletzung der Sorgfaltspflicht die steuerrechtlichen Grundsätze über die sog. verdeckte Gewinnausschüttung heranzuziehen¹³⁰. Demzufolge liegt ein Nachteilsgeschäft vor, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein objektives Missverhältnis besteht¹³¹. Nach der Ansicht des BGH ist im Fall des Darlehens der abhängigen Gesellschaft an das herrschende Unternehmen die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Darlehensrückzahlung nicht erforderlich¹³². Allerdings kann das Fehlen ausreichender Sicherheiten ebenfalls einen Nachteil begründen¹³³.

Hierbei ist noch zu beachten, dass nach zutreffender Ansicht der nachteilige Charakter einer Maßnahme nicht wegen der Unquantifizierbarkeit des Nachteils entfällt¹³⁴. Allerdings ist dabei ein Ausgleich nach § 311 Abs. 2 AktG nicht zugänglich und die Einflussnahme ist deshalb von vornherein rechtswidrig¹³⁵. In diesem Fall ist ein etwaiger Schaden der abhängigen AG unter Berücksichtigung des § 287 ZPO nicht bezifferbar, womit das herrschende Unternehmen nicht nach Maßgabe des § 317 AktG, sondern nach den Grundsätzen der qualifizierten Nachteilzufügung haftet.

b) Legitimation der unzulässigen nachteiligen Beeinflussung durch Nachteilsausgleich

aa) Schadensersatz als grundsätzliches Haftungsmodell

Obwohl über die Zulässigkeit des faktischen Konzerns heute kaum noch Streit besteht¹³⁶, soll es bei der gesetzlichen Regelung von §§ 311 bis 318 AktG nicht darum gehen, sondern um die Frage, ob die nachteilige Einflussnahme des herrschenden Unternehmens zulässig ist und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben. Nach der h.M. ist das Haftungsmodell des Gesetzes vorrangig an die Schadensersatzpflicht des

¹³⁰ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 54; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 25 II 3 a, S. 410 m.w.N. Zur verdeckten Gewinnausschüttung s.

¹³¹ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 54 m.w.N.; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 25 II 3 a, S. 410 m.w.N.; Horn, ZIP 1987, 1225, 1228 m.w.N.; Krieger, MünchHdbAktien, § 69, Rn. 76; Anerkennung der verdeckten Gewinnausschüttung als nachteiliges Rechtsgeschäft, vgl. Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3315.

¹³² BGHZ 179, 71 = NZG 2009, 107 Rdnr. 12. = BGH NJW 2009, 850 Tz. 13 (MPS); im Schrifttum umstritten, s. Leuering/Goertz, in: Hölters, Aktiengesetz, Rn. 62 Fn. 2.

¹³³ BGH NJW 2009, 850 Tz. 9 – MPS; OLG Jena ZIP 2007, 1314, 1316; OLG Hamm AG 1995, 512, 515; LG Dortmund AG 2002, 97, 98 f.

¹³⁴ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 43 m.w.N.

¹³⁵ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 43.

¹³⁶ H.M., vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 8; Krieger, in: MünchHdbAktien, § 69, Rn. 19, jeweils m.w.N.

§ 317 AktG anzuknüpfen¹³⁷. Dies ist darauf zurückzuführen, dass anders als beim Beherrschungsvertrag ein Weisungsrecht gegenüber den Leitungsorganen der abhängigen AG dem herrschenden Unternehmen nicht zusteht¹³⁸. Die nachteilige Einflussnahme des herrschenden Unternehmens im einfachen faktischen Konzern ist deshalb rechtswidrig¹³⁹. Die Schadensersatzpflicht kommt als Sanktion des Verstoßes gegen dieses Verbot in Betracht.

bb) Legitimation durch Nachteilsausgleich

Allerdings verbieten §§ 311 ff. AktG die nachteiligen Maßnahmen nicht generell. Die nachteilige Einflussnahme durch das herrschende Unternehmen ist nach § 311 Abs. 1 AktG gerechtfertigt, wenn die Nachteile durch Gewährung gleichwertiger Vorteile ausgeglichen werden. Ein derartiger Vorteil muss den unter der Veranlassung des herrschenden Unternehmens durch den Vorstand der abhängigen AG zugefügten Nachteil zumindest aufwiegen¹⁴⁰, also zumindest dem Wert des Nachteils entsprechen. Dazu gehört jeder Vermögensvorteil, wie z.B. Sacheigentum, sonstige Rechte, aber auch Dienstleistungen¹⁴¹. Außerdem muss der Vorteil bewertbar sein; in dem Fall, in dem der etwaige Nachteil bilanzielle Auswirkung hat, hat der Vorteil diese zu neutralisieren¹⁴².

Der Nachteilsausgleich aus § 311 AktG ist keine modifizierte Form des Schadensersatzes für Unrechtszufügung¹⁴³. Nach zutreffender Ansicht hat der Nachteilsausgleich die Rechtfertigung der Maßnahme zur Folge¹⁴⁴ und ist damit ein Legalisierungstatbestand der nachteiligen Veranlassung¹⁴⁵. Durch den Nachteilsausgleich werden die Vermögensinteressen der abhängigen AG gewahrt und damit wird auch eine nachteilige Einflussnahme des herrschenden Unternehmens, die eigentlich rechtswidrig wäre, legitimiert¹⁴⁶. Andernfalls würde das herrschende

¹³⁷ Vgl. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 53 III 5, S. 586 m.w.N.

¹³⁸ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 10; Altmeppen, ZIP 1996, 693, 694; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 25 I 1, S. 401 f.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 53 II 1 a, S. 574 m.w.N.

¹³⁹ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 9; K. Schmidt, GesR, § 31 IV 2 b, S. 964 f.

¹⁴⁰ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 62.

¹⁴¹ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 63.

¹⁴² Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 63.

¹⁴³ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 61.

¹⁴⁴ Heute hM, s. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 2 m.w.N.

¹⁴⁵ Vgl. Horn, ZIP 1987, 1225, 1228; K. Schmidt, GesR, § 31 IV 2 b, S. 964; Altmeppen, ZIP 1996, 693, 697 m.w.N. Der Nachteilsausgleich stellt eine Verhaltenspflicht dar und ist als Rechtsfolge des herrschenden Unternehmens aus einer Nachteilszufügung zu qualifizieren, ihre Verletzung führt zum Schadensersatz nach § 317 AktG, vgl. Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 25 IV 1 a, S. 415 m.w.N.; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rd. 8 ff., 59.

¹⁴⁶ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 2, 59; Vgl. auch Altmeppen, ZIP 1996, 693, 697; Krieger, MünchHdbAktien, § 69, Rn. 20 m.w.N.; a.A. hält die Einräumung eines

Unternehmen nach § 317 zum Schadensersatz verpflichtet¹⁴⁷

c) Sicherheitenbestellung durch die abhängige Gesellschaft zugunsten des herrschenden Unternehmens im faktischen Aktienkonzern

Die Konzernhaftung aus §§ 311, 317 AktG könnte für vorliegende Sachverhalte nur von Bedeutung sein, wenn das durch die Konzernmutter veranlasste Sicherungsgeschäft zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem Kreditinstitut ein nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.d. § 311 AktG darstellt.

aa) Sicherheitenbestellung als nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.d. § 311 AktG

(1) Negative Auswirkung auf die Vermögens- und Ertragslage der abhängigen AG: Zur Qualifizierung der Sicherheitenbestellung durch die abhängige AG auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens als nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.d. §§ 311 ff. AktG ist nach dem oben Geschilderten zunächst erforderlich, dass sich das Sicherungsgeschäft negativ auf die Vermögens- und Ertragslage der abhängigen AG auswirkt. Dies ist bei der Bestellung einer dinglichen Sicherheit zu bejahen, da die sicherungsgebende Tochter-AG den Gegenstand nicht mehr als Sicherheit für eigene Verbindlichkeiten einsetzen kann.¹⁴⁸ Dasselbe gilt auch für die Bestellung einer Personalsicherheit für Verbindlichkeiten des herrschenden Unternehmens oder anderer Konzernunternehmen, die als eine Gewährung eines Haftungskredits an dieses verbundene Unternehmen anzusehen ist¹⁴⁹. Denn in diesem Fall haftet das gesamte Vermögen der abhängigen AG neben ihren eigenen Verbindlichkeiten auch für die des begünstigten verbundenen Unternehmens, wodurch ein Nachteil i.S.d. § 311 AktG begründet wird. Nach der Ansicht des BGH ist die Nachteiligkeit jedoch abzulehnen, wenn die Sicherheiten der Finanzierung der gesamten Gruppe dienen und somit auch der abhängigen Gesellschaft zugute kommen¹⁵⁰. Dies ist nach einer im Schrifttum z.T. vertretenen Meinung dann der Fall, wenn die Sicherheiten für Kredite gewährt werden, die an die abhängige Gesellschaft weitergeleitet werden¹⁵¹.

(2) Keine angemessene Gegenleistung: Nach der h.M entfällt der nachteilige

Anspruchs auf Ausgleich gem. § 311 Abs. 2 AktG für nicht ausreichend zur Legalisierung der Nachteilszufügung, Würdinger, GrossKommAktG, § 311 Anm. 5.

¹⁴⁷ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 59.

¹⁴⁸ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 47a.

¹⁴⁹ Wessels, ZIP 2004, 793, 797.

¹⁵⁰ BGH WM 1998, 968, 971.

¹⁵¹ Leuering/Goertz, in: Hölters, Aktiengesetz, Rn. 63 m.w.N.

Charakter der Kreditsicherung, wenn sich ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft unter entsprechenden Umständen wie der Vorstand der sicherungsgebenden AG verhalten hätte. Dabei ist mit Anlehnung an die Grundsätze der verdeckten Gewinnausschüttungen darauf abzustellen, ob es im vorliegenden Sachverhalt ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gibt. Nach der h.M. in der Diskussion über die verdeckte Gewinnausschüttung stellt die Leistung einer marktüblichen Avalprovision durch das kreditnehmende Konzernunternehmen oder der Rückgriffsanspruch der sicherungsgebenden Tochter-AG gegen das kreditnehmende Konzernunternehmen keine angemessene Gegenleistung der Sicherheitenbestellung dar, so dass der nachteilige Charakter und damit die Rechtswidrigkeit der Kreditsicherung dadurch nicht berührt wird¹⁵². Sie könnte jedoch auf Legitimationsebene den durch die Sicherheitenbestellung entstehenden Nachteil ausgleichen.

(3) Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, dass die Bestellung von Sicherheiten für Verbindlichkeiten des herrschenden Unternehmens oder anderer Konzernunternehmen dann nachteiligen Charakter hat, wenn die Inanspruchnahme der Sicherheit im Zeitpunkt der Bestellung wahrscheinlich ist¹⁵³. Diese Ansicht beruht auf der bilanziellen Betrachtungsweise und wird von einer im Schrifttum z.T. vertretenen Meinung mit dem Argument abgelehnt, dass es auf die bilanzielle Betrachtungsweise nicht bei der Beurteilung des nachteiligen Charakters, sondern bei dem Ausgleich des Nachteils ankomme¹⁵⁴. Der BGH geht im MPS-Urteil aber davon aus, dass nach §§ 311 ff. AktG keine strengeren Maßstäbe gelten könnten als diejenigen, die in der Neuregelung des § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG aufgestellt worden sind¹⁵⁵. Daraus wird im Schrifttum geschlossen, die Beurteilung des Nachteils i.S. der §§ 311 ff. AktG müsse heute am „weniger strengen“ § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG gemessen werden¹⁵⁶. Demzufolge soll auch bei der Prüfung der Nachteiligkeit i.S.d. §§ 311 ff. AktG die bilanzielle Betrachtungsweise gelten. Liegt bei der Bestellung einer Sicherheit durch die abhängige AG nach einer ex-ante-Prognose ein konkretes Risiko der Inanspruchnahme der Sicherheit vor, lässt sich der Nachteil regelmäßig nicht durch Zahlung einer Avalprovision, sondern allein durch Ablösung des Darlehens oder durch hinreichende Sicherheiten für den Rückgriffsanspruch der abhängigen AG

¹⁵² A.A. geht jedoch davon aus, dass ein Ausgleich erfolgen kann, wenn das herrschende Unternehmen an die abhängige Gesellschaft eine bankübliche Avalgebühr zahlt, s. Leuering/Goertz, in: Hölters, Aktiengesetz, Rn. 64 m.w.N.

¹⁵³ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 44 und auch 47a m.w.N.; LG Düsseldorf, AG 1979, 290, 291 f.; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 25 II 2 b, S. 407 m.w.N.

¹⁵⁴ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 VI, insbes. Rn. 62a, 63, widersprüchlich zu eben da Rn. 44, 47a.

¹⁵⁵ BGHZ 179, 71 = NZG 2009, 107 Rdnr. 12. = BGH NJW 2009, 850 Tz. 12.

¹⁵⁶ Altmeyden, NZG 2010, 401, 402 m.w.N.

ausgleichen¹⁵⁷. Ist die Inanspruchnahme der Sicherheit bei der Bestellung unwahrscheinlich und muss diese gem. § 251 HGB lediglich „unter dem Strich“ vermerkt werden, dann liegt kein nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.d. §§ 311 ff. AktG vor,¹⁵⁸ wenn das herrschende Unternehmen zum Ausgleich des Nachteils gleichwohl zumindest eine angemessene Avalprovision entrichtet.¹⁵⁹

bb) Die Auswirkung der §§ 311 ff. AktG auf das sicherungsnehmende Kreditinstitut

(1) Die Muttergesellschaft ist nach § 317 Abs. 1 S. 1 AktG zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie die abhängige Gesellschaft zu einem nachteiligen Rechtsgeschäft oder zu einer nachteiligen Maßnahme veranlasst, ohne den Nachteil nach § 311 AktG auszugleichen und ohne eine Bestimmung über den Nachteilsausgleich gem. § 311 Abs. 2 AktG mit der Tochtergesellschaft zu vereinbaren. Zur Ermittlung des Umfangs des Schadensersatzes ist ein Vergleich der Vermögens- und Ertragslage des tatsächlichen, veranlassten Verhaltens mit dem hypothetischen unabhängigen Verhalten maßgebend¹⁶⁰, wobei die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB zu beachten sind¹⁶¹. Daraus ergibt sich die Frage, ob die abhängige Gesellschaft einen Naturalrestitutionsanspruch geltend machen kann, indem sie das nachteilige Rechtsgeschäft rückgängig macht. Nach § 249 S. 1 BGB ist es zwar anzuerkennen, dass die abhängige Gesellschaft in diesem Fall Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen kann¹⁶², jedoch liegt das Wahlrecht zur Befreiungsmaßnahme in der Hand des Schuldners, nämlich der Muttergesellschaft. Bei Kreditsicherung durch die Tochtergesellschaft zugunsten eines verbundenen Unternehmens geht es bei dem nachteiligen Rechtsgeschäft jedoch um das Sicherungsgeschäft zwischen der Tochtergesellschaft und dem Kreditinstitut. Die Konzernmutter ist in diesem Fall nicht in der Lage, durch eine einseitige Maßnahme die Tochtergesellschaft von ihrer Verbindlichkeit aus dem Sicherungsgeschäft zu befreien. Die Tochtergesellschaft kann lediglich gegen die Konzernmutter etwa durch Geldersatz nach § 251 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 287 ZPO die Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass sich die Konzernhaftung nach § 317 AktG nicht auf das Sicherungsgeschäft zwischen der Tochtergesellschaft und dem Kreditinstitut auswirkt.

¹⁵⁷ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 62a.

¹⁵⁸ Eben so auch, Altmeppen, in: MünchKommAktG, § 311 Rn. 263.

¹⁵⁹ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311, Rn. 63.

¹⁶⁰ Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 6. Aufl., § 20 II 1 a, S. 342 m.w.N.

¹⁶¹ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 27 II 2 a, S. 435; Krieger, in: MünchHdbAktien, § 69, Rn. 104.

¹⁶² Krieger, in: MünchHdbAktien, § 69, Rn. 104.

(2) Nichtigkeit des Sicherungsgeschäfts durch eine Abwehrklage?

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Gesellschafter der Tochtergesellschaft eine Abwehrklage erheben könnten, wenn die nachteilige Maßnahme nicht legalisiert oder nicht einmal legalisierbar ist¹⁶³. Damit können sie von der eigenen Gesellschaft verlangen, die rechtswidrige Maßnahme zu unterlassen bzw. den hierdurch geschaffenen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen¹⁶⁴. Dies gilt allerdings nicht für den Fall, in dem die nachteilige Maßnahme durch ein Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Dritten erfolgt. Die Abwehrrechte der Gesellschafter bestehen nur im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern¹⁶⁵. Die Wirkung eines Drittgeschäfts kann dadurch nicht berührt werden. Im Ergebnis ist ein Verstoß gegen § 311 AktG gegenüber dem Sicherungsnehmer unbeachtlich und die Sicherheit bleibt wirksam¹⁶⁶, abgesehen davon, dass der Sicherungsnehmer mit dem Gesellschafter „bewusst zum Schaden der Gesellschaft zusammen gewirkt“ hat¹⁶⁷.

(3) Wie beim Verlustausgleichsanspruch im Vertragskonzern kann das Kreditinstitut bei dem Prozess der Vollstreckung gegen die Tochtergesellschaft ihren Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG gegen die Konzernmutter verpfänden und sich überweisen lassen, wenn es durch eine Personalsicherheit gegenüber der Tochtergesellschaft einen Gläubigercharakter erlangt. Allerdings hat diese Verpfändung auch wie im Vertragskonzern keine Bedeutung, wenn die Muttergesellschaft selbst den Kredit aufgenommen hat. Denn die Tochtergesellschaft kann nur wegen der Personalsicherheit von dem Kreditinstitut in Anspruch genommen werden, wenn das Kreditinstitut bei der Inanspruchnahme gegen den Hauptschuldner – die Muttergesellschaft – keinen Erfolg hat. In diesem Fall ist die Verpfändung eines Schadensersatzanspruchs gegen die Muttergesellschaft sinnlos und bleibt die Forderung des Kreditinstituts aus dem Kreditgeschäft unverändert.

2. Kreditsicherung im faktischen GmbH-Konzern

a) Die Entwicklung des Konzernhaftungssystems im faktischen GmbH-Konzern

¹⁶³ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 27 II 2 a, S. 435 m.w.N.; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 317 Rn. 19; K. Schmidt, GesR, 3. Aufl., § 31 IV 2 b, S. 965.

¹⁶⁴ K. Schmidt, GesR, § 31 IV 2 b, S. 965.

¹⁶⁵ Vgl. K. Schmidt, GesR, § 21 V 1, S. 647 ff.

¹⁶⁶ Leuering/Goertz, in: Hölters, Aktiengesetz, Rn. 64 m.w.N.

¹⁶⁷ BGH WM 1982, 1402.

Die Problematik der Gesellschafterhaftung beim Abhängigkeitsverhältnis mit einer GmbH ohne Abschluss eines Unternehmensvertrags ist für die Entwicklung des Konzernrechts von zentraler Bedeutung. Die Gründe dafür sind einerseits, dass die GmbH-Konzerne in ihrer Mehrzahl offenbar faktische Konzerne sind; andererseits, dass die Zuständigkeits- sowie Finanzierungsordnung zwischen GmbH-Recht und Aktienrecht unterschiedlich ist. Dafür werden im Schrifttum sowie in der Rechtsprechung verschiedene Haftungsmodelle diskutiert.

aa) Die Konzernhaftung beim faktischen GmbH-Konzern

Anders als im Vertragskonzern finden die aktienkonzernrechtlichen Regelungen beim Abhängigkeitsverhältnis mit einer GmbH ohne Abschluss eines Unternehmensvertrags keine entsprechende Anwendung. Im Schrifttum bzw. in der Rechtsprechung findet die Auseinandersetzung über die anzuwendenden Regeln kein Ende, wobei die bisher eingeordnete Unterscheidung zwischen dem „einfachen“ und „qualifizierten“ faktischen Konzern nach der neuen Entwicklung in der Rechtsprechung zweifelhaft geworden ist.

(1) §§ 311 bis 318 AktG finden keine entsprechende Anwendung:

Nach der h.M. und Rechtsprechung finden §§ 311 bis 318 AktG auf das Abhängigkeitsverhältnis mit einer GmbH ohne Abschluss eines Unternehmensvertrags keine entsprechende Anwendung,¹⁶⁸ gleichgültig ob beim „einfachen“ oder „qualifizierten“ faktischen Konzern. Dies ist vor allem dadurch begründet, dass zwischen AG und GmbH große Strukturunterschiede und auch die fortbestehenden Zweifel an der Effektivität des Schutzsystems der §§ 311 bis 318 AktG bestehen.¹⁶⁹

(2) Das allgemeine Schädigungsverbot und die Konzernhaftung aus

Treuepflichtverletzung:

Zum Minderheitsschutz im „einfachen“ faktischen Konzern hat der BGH seit dem ITT-Urteil¹⁷⁰ an einem umfassenden Schädigungsverbot für die Mehrheitsgesellschafter festgehalten, dessen Grundlage sich in erster Linie in der Treuepflicht der Mehrheit gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern findet und bei dessen Verletzung die Mehrheit analog § 43 GmbHG schadenersatzpflichtig ist.¹⁷¹ Dies entspricht der überwiegenden Meinung im

¹⁶⁸ Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlussanhang -Konzernrecht Rn. 109; vgl. auch Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 69, jeweils m.w.N.

¹⁶⁹ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 69.

¹⁷⁰ BGHZ 65, 15, 18 ff. = WM 1975, 1152 = NJW 1976, 191 = AG 1976, 16 = GmbHR 1975, 269.

¹⁷¹ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 70, 74.

Schrifttum.¹⁷² Demzufolge ist jede schädigende Einflussnahme auf die abhängige GmbH verboten und führt als Rechtsfolge in erster Linie zu Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen der abhängigen GmbH (§§ 242, 249, 276 Abs. 1, 280 Abs. 1 und 705 BGB).¹⁷³ Dies umfasst einzelne Einflussnahmen, dessen nachteilige Auswirkungen auf die abhängige GmbH sich isolieren lassen, daher auch diejenigen nachteiligen Maßnahmen in den so genannten qualifizierten faktischen Konzernen,¹⁷⁴ solange sie isolierbar sind. Allerdings wird das Beibehalten des qualifizierten faktischen Konzerns nach den neuen BGH-Entscheidungen über die sog. „Existenzvernichtungshaftung“ zweifelhaft. Die Grundsätze der „Existenzvernichtungshaftung“ hat auch die Grundlage der Haftung wegen der isolierbaren nachteiligen Maßnahmen im einfachen faktischen Konzern bei Zustimmung aller Gesellschafter oder in Ein-Personen-GmbH zweifelhaft gemacht.¹⁷⁵

bb) Die Ablehnung des Haftungssystems des „qualifizierten“ faktischen Konzerns

Bis zum Jahre 2001 stand das Haftungsmodell des „qualifizierten faktischen Konzerns“ im Mittelpunkt der konzernrechtlichen Diskussion über die Haftung des herrschenden Unternehmens. Dieses Haftungsmodell wird im Schrifttum bzw. in der Rechtsprechung für das Abhängigkeitsverhältnis ohne Abschluss eines Unternehmensvertrags, in dem die nachteiligen Maßnahmen des herrschenden Unternehmens nicht durch Einzelausgleich kompensiert werden können, entwickelt. Allerdings wurde der Haftungstatbestand des qualifizierten faktischen Konzerns seit dem „Bremer Vulkan“-Urteil vom 17. 9. 2001 von dem BGH¹⁷⁶ aufgegeben, dadurch sein Beibehalten in Zweifel gesetzt.

(1) Die Regeln des „qualifizierten faktischen“ Konzerns

(a) Die Entwicklung der tatbeständlichen Merkmale

Der Begriff „qualifizierter faktischer Konzern“ wurde erstmals im Jahre 1972 geprägt. Damit bezeichnet man Abhängigkeitsverhältnisse, „in denen das auf Einzeleingriff und Schadensersatz wegen Treupflichtverletzung aufgebaute Haftungssystem deshalb nicht mehr funktioniert, weil wegen der Breite und Dichte der Einflussnahme des herrschenden Unternehmens auf die abhängige Gesellschaft einzelne Weisungen und deren Auswirkungen nicht mehr isoliert werden können.“¹⁷⁷

¹⁷² Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 68.

¹⁷³ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 71, 75.

¹⁷⁴ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 76 m.w.N.

¹⁷⁵ Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 90; Ausführliches siehe gleich unten cc) Die Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung.

¹⁷⁶ BGHZ 149, 10 16 f. = NJW 2001, 3622 = NZG 2002, 38 = ZIP 2001, 1874.

¹⁷⁷ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, 10. Aufl., 2006, Anh. § 13, Rn. 92.

Der BGH hat zunächst in seiner „Autokran“-Entscheidung¹⁷⁸ eine Ausfallhaftung des herrschenden Unternehmens gegenüber den Gläubigern der abhängigen und vermögenslosen GmbH in „entsprechender Anwendung“ des § 303 AktG dadurch begründet, dass das herrschende Unternehmen die Geschäfte der abhängigen GmbH dauernd und umfassend selbst geführt hat. Dieses tatbeständliche Merkmal wurde in der „Tiefbau“-Entscheidung¹⁷⁹ des BGH präzisiert, wobei auch die Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens als Rechtsfolge anerkannt wurde.

Allerdings hat der BGH diese Merkmale in seinem „Video“-Urteil¹⁸⁰ vom 23. 9. 1991 modifiziert und war davon ausgegangen, dass die dauernde und umfassende Konzernleitung lediglich ein Indiz dafür bot, dass die Obergesellschaft im Konzerninteresse nicht mehr hinreichend Rücksicht auf die Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt. Der BGH hat dann weiter in dem „TBB“-Urteil¹⁸¹ eine Wende eingeleitet, indem er die Haftung analog §§ 302, 303 AktG auf einem objektiven Missbrauch der Leitungsmacht durch das herrschende Unternehmen begründet hat. Danach sollte dies der Fall sein, „wenn der die GmbH beherrschende Unternehmensgesellschafter die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne dass sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe.“¹⁸² Nach diesem Urteil sei ein solcher Missbrauch anzunehmen, wenn die abhängige GmbH wegen des Eingriffs des herrschenden Unternehmens ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann,¹⁸³ wenn also die Gesellschaft infolge der nachteiligen Einflussnahme durch den Gesellschafter in die Insolvenz getrieben wird. Die anzunehmenden Formen solcher Beeinträchtigung der Eigeninteressen sollen jedoch vielfältiger sein und von wirtschaftlichen Umstrukturierungsmaßnahmen, Einstellung erfolgreicher Produkte, Schließung von Betrieben, Entzug von Liquidität (z.B. auch durch cash-management) bis hin zu Übernahme von qualifiziertem Personal durch die Obergesellschaft reichen.¹⁸⁴ Bis zur „Bremer Vulkan“-Entscheidung¹⁸⁵ hat der BGH diesen Ansatz mehrfach bestätigt, freilich stets nur obiter dicta und zudem im Zusammenhang mit

¹⁷⁸ BGHZ 95, 330, 339, 345 ff. = NJW 1986, 188.

¹⁷⁹ BGHZ 107, 7, 15 ff. = NJW 1989, 1800.

¹⁸⁰ BGHZ 115, 189, 193 f. = NJW 1991, 3142 = GbmHR 1991, 520 = AG 1991, 429.

¹⁸¹ BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 = JZ 1993, 575.

¹⁸² BGHZ 122, 123, 130 = NJW 1993, 1200.

¹⁸³ BGHZ 122, 123, 130 = NJW 1993, 1200.

¹⁸⁴ Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, SchlussAnh. Konzernrecht, Rn. 140.

¹⁸⁵ BGHZ 149, 10 16 f. = NJW 2001, 3622 = NZG 2002, 38 = ZIP 2001, 1874

der Ein-Personen-GmbH.¹⁸⁶

(b) Rechtsfolge

Den BGH-Entscheidungen zufolge sollten §§ 302, 303 AktG auf den „qualifizierten“ faktischen Konzern entsprechende Anwendung finden. Danach verpflichtet sich das herrschende Unternehmen für seine nachteilige Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft zur Verlustübernahme gegenüber der abhängigen Gesellschaft während der Dauer der qualifizierten faktischen Konzernbeziehung und bei Beendigung der Konzernbeziehung zur Sicherheitsleistung gegenüber ihren Gläubigern. Hat das herrschende Unternehmen seine Verpflichtung zur Verlustübernahme nicht erfüllt, können die Gesellschaftsgläubiger den Anspruch der abhängigen Gesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen pfänden und sich überweisen lassen. Dies wird z.T. als eine Haftungseinheit in Form eines „geordneten Haftungsdurchgriffs“ bezeichnet.¹⁸⁷

Allein die Verlustausgleichspflicht gewährt jedoch keinen Direktanspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen das herrschende Unternehmen. Allerdings hat der BGH schon in der „Autokran“-Entscheidung¹⁸⁸ eine Ausfallhaftung des herrschenden Unternehmens im qualifizierten faktischen Konzern gegenüber den Gläubigern der abhängigen und vermögenslosen GmbH bejaht. In diesem Fall ist die Konkurseröffnung der abhängigen Gesellschaft mangels Masse abzulehnen und die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zur Sicherheitsleistung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wird sinnlos, so dass sich der Anspruch der Gläubiger auf Sicherheitsleistung in einen direkten Zahlungsanspruch gegen das herrschende Unternehmen verwandeln soll. Diese Ausfallhaftung dürfte im Mittelpunkt der Konzernhaftung im qualifizierten faktischen Konzern stehen und ist mit dem neuen Rechtsinstitut der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs eng verwandt, da beide dasselbe Ergebnis haben: eine Durchgriffshaftung des herrschenden Unternehmens.¹⁸⁹

(2) Die Aufgabe des Haftungssystems des qualifizierten faktischen Konzerns durch die Annahme der Grundsätze der „Existenzvernichtungshaftung“

Eigentlich hat sich das Ende des Haftungskonzepts des qualifizierten faktischen Konzerns schon im „TBB“-Urteil¹⁹⁰ abgezeichnet. Nach diesem Urteil ist ein Missbrauch der Leitungsmacht anzunehmen, wenn eine Ein-Personen-GmbH infolge

¹⁸⁶ Vgl. Habersack, ZGR 2008, 533, 540 m.w.N.

¹⁸⁷ Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Rn. 146.

¹⁸⁸ BGHZ 95, 347.

¹⁸⁹ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13 Rn. 116.

¹⁹⁰ BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 = JZ 1993, 575.

der nachteiligen Einflussnahme durch den Alleingesellschafter ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann. Zwar wurde der Ansatz des „TBB“-Urteils vom BGH mehrfach bestätigt, allerdings hat er erst im „Bremer-Vulkan“-Urteil¹⁹¹ das Rechtsinstitut des qualifizierten faktischen Konzerns ausdrücklich aufgegeben und stattdessen unter dem Schlagwort des existenzvernichtenden Eingriffs eine Durchgriffshaftung des GmbH-Gesellschafters bei rücksichtslosem Eingriff in das Vermögen der GmbH geschaffen. Der BGH hat diesen Ansatz weiter in anderen Urteilen bestätigt.

cc) Die Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung¹⁹²

Nach dem „Bremer-Vulkan“-Urteil hat sich das Haftungskonzept des existenzvernichtenden Eingriffs weiterentwickelt. Die Entwicklung reicht von der Begründungsgrundlage über die tatbeständlichen Voraussetzungen bzw. die Rechtsfolge bis hin zu dem Haftungsmodell dieser Rechtsfigur. Bislang findet die Debatte darüber noch kein Ende, insbesondere unter dem Einfluss des neu erlassenen MoMiG.

(1) Das Konzept der Durchgriffshaftung nach dem „Bremer-Vulkan“-Urteil

(a) Das Haftungskonzept der „Bremer Vulkan“-Entscheidung basiert nicht auf den aktienkonzernrechtlichen Regelungen, sondern auf den allgemeinen Grundsätzen der Erhaltung des Stammkapitals und der Gewährleistung des Bestandschutzes. Daraus erfolgt die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der beherrschten GmbH. Danach fehlt es an einer solchen Rücksichtnahme, wenn die GmbH infolge der Eingriffe des Alleingesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann. Allerdings führt dies zu der Haftung des Alleingesellschafters für die Verbindlichkeiten der GmbH nur dann, wenn sich die Fähigkeit der GmbH zur Befriedigung ihrer Gläubiger nicht schon durch die Rückführung entzogenen Stammkapitals wiederherstellen lässt. Nach der Bezeichnung im „Bremer Vulkan“-Urteil ist die Anspruchsgrundlage die Haftung wegen Missbrauchs der Gesellschafterstellung durch bestandsvernichtenden Eingriff.¹⁹³ In dem Urteil hat der BGH jedoch die wesentlichen Fragen offen gelassen, wie z.B. die dogmatische Grundlage bzw. die Voraussetzung und Rechtsfolge des neuen Haftungskonzeptes, die Qualität der Haftung als Binnen- oder Außenhaftung so wie ihre Anwendbarkeit auf die mehrgliedrige GmbH.¹⁹⁴

¹⁹¹ BGHZ 149, 10, 16 = NJW 2001, 3622; danach auch BGHZ 150, 61, 68 = NJW 2002, 1803 „L. Kosmetik“; BGH ZIP 2005, 250, 251 = GmbHR 2005, 299 = NZG 2005, 214.

¹⁹² Vgl. vor allem Liebscher, in: MünchKommGmbHG, Anhang GmbH-Konzernrecht, Rn. 503-535.

¹⁹³ Vgl. auch Liebscher, GmbH-Konzernrecht, 2006, F. II. 2. a), aa), Rn. 479 f.

¹⁹⁴ Liebscher, GmbH-Konzernrecht, 2006, F. II. 2. a), aa) Rn. 481.

(b) Das Haftungskonzept des qualifizierten faktischen Konzerns wurde vom BGH im „L-Kosmetik“-Urteil¹⁹⁵ in aller Deutlichkeit aufgegeben und durch eine Ausfallhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs ersetzt. Im diesen Urteil wurde als weitere Anspruchsgrundlage der GmbH-Gläubiger gegen ihre Gesellschafter die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs, die deliktischen Ansprüche aus den §§ 823, 826 BGB sowie eine aus § 43 Abs. 2 GmbHG analog abzuleitende Verantwortlichkeit der Gesellschafter wegen ihres Verhaltens als „faktische“ Geschäftsführer geprüft. Der BGH hat weiter in diesem Urteil darauf hingewiesen, dass die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs auch diejenigen Mitgesellschafter treffe, die durch ihr Einverständnis mit dem Vermögensabzug an der Existenzvernichtung der Gesellschaft mitgewirkt haben, unabhängig davon ob sie selbst etwas empfangen haben. Insofern ist das Abhängigkeitsverhältnis für die Ausfallhaftung nicht erforderlich, so dass es bei dem Haftungskonzept der existenzvernichtenden Eingriffe nicht um ein konzernrechtliches Sonderproblem geht.¹⁹⁶

(c) Im „KBV“-Urteil¹⁹⁷ hat der BGH den Anspruch der Gewährleistung des Bestandes der GmbH gegen ihren Gesellschafter ausdrücklich verneint. Es soll das bereits in der „TBB“-Entscheidung anerkannte Eigeninteresse der GmbH für die Begründung der Haftung nicht mehr im Vordergrund stehen. Stattdessen sollen Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen durch die Gesellschafter einen Missbrauch der Rechtsform „GmbH“ darstellen und zum Verlust des Privilegs der Haftungsbeschränkung führen, wenn die GmbH dadurch ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann und der dadurch entstehende Nachteil nicht durch die §§ 30 f. GmbHG ausgeglichen werden kann. Insofern war damit die Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff gegenüber den §§ 30, 31 GmbHG subsidiär. Denn in diesem Urteil hat der BGH die allgemeine Durchgriffslehre zur Begründung der Existenzvernichtungshaftung aufgenommen. Deshalb soll diese Haftung als Außenhaftung anzusehen sein. Insofern stellt die Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs kein konzernrechtliches Problem dar. Im Ergebnis sind die Gesellschaftsgläubiger bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen außerhalb des Insolvenzverfahrens berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die an Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen mitwirkenden Gesellschafter geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.

¹⁹⁵ BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803 = ZIP 2002, 848 = GmbHR 2002, 549.

¹⁹⁶ Vgl. Liebscher, GmbH-Konzernrecht, F. II. 2. a), bb) Rn. 485.

¹⁹⁷ BGH 151, 181 = NJW 2002, 3024 = NZG 2002, 914.

(d) Neben dem Alleingesellschafter gelten die Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung nicht nur für die an der Nachteilzufügung mitwirkenden Gesellschafter. Nach dem BGH-Urteil vom 13. Dezember 2004¹⁹⁸ können auch die mittelbaren Gesellschafter der GmbH, die maßgebende Gesellschafter eines Gesellschafters der GmbH sind und über diesen Gesellschafter auf die existenzvernichtete Gesellschaft beherrschenden Einfluss ausgeübt haben, nach den Grundsätzen der Existenzvernichtungshaftung in Anspruch genommen werden.

(2) Das Konzept der Schadensersatzhaftung der „Trihotel“-Entscheidung
Mit seinem „Trihotel“-Urteil vom 16. Juli 2007¹⁹⁹ hat der BGH die Existenzvernichtungshaftung auf eine neue dogmatische Grundlage gestellt. Nun soll sie nicht mehr auf einer an den Missbrauch der Rechtsform anknüpfenden Durchgriffshaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sondern auf einer auf § 826 BGB gründenden Schadensersatzhaftung gegenüber der GmbH beruhen. Statt einer aus der gesellschaftsrechtlichen Durchgriffslehre sich ergebenden Außenhaftung soll nach diesem Urteil eine auf Deliktsrecht gründende Innenhaftung in Betracht kommen. Demnach sollte die Haftung der Gesellschafter wegen existenzvernichtender Eingriffe eine neue eigenständige Fallgruppe bilden, die eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung i.S.d. § 826 BGB konkretisiert. Dabei sind das Deliktsrecht des BGH sowie die damit verbundenen weiteren Regelungen einschlägig. Außerdem hat der BGH in seinem dritten Leitsatz deutlich ausgeführt, dass die Haftung nach § 826 BGB nicht subsidiär gegenüber §§ 30, 31 GmbHG ist, sondern in einer Anspruchsgrundlagenkonkurrenz neben den Ansprüchen des GmbHG steht. Sofern die Haftung aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Haftungsregeln versagt und damit eine Lücke im Kapitalschutzrecht der GmbH besteht, soll diese Lücke durch das Haftungskonzept der existenzvernichtenden Eingriffe geschlossen werden.²⁰⁰ Diese Rechtsprechung hat der BGH in der Folgezeit weiter vertieft.²⁰¹ Nach der Ausführung des BGH im „Sanitary“-Urteil sollen die vorgenannten Grundsätze auch im Stadium der Liquidation der Gesellschaft gelten.²⁰²

(a) Der Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung
Aufgrund der Aufnahme von § 826 BGB als Rechtsgrundlage der Existenzvernichtungshaftung durch das „Trihotel“-Urteil soll sich der Tatbestand nach den strengen Anforderungen der deliktischen Haftung der Generalklausel des § 826

¹⁹⁸ BGH GmbHR 2005, 225 ff. = ZIP 2005, 117; Urt. V. 13. 12. 2004 – II ZR 256/02, GmbHR 2005, 299 ff. = ZIP 2005, 250 ff.

¹⁹⁹ BGH NJW 2007, 2689 = ZIP 2007, 1552 = NZG 2007, 667; bestätigt in BGH ZIP 2008, 308, 310; siehe ferner BGH ZIP 2008, 455.

²⁰⁰ Vgl. auch Habersack, ZGR 2008, 533, 534; Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 282.

²⁰¹ BGH NZI 2008, 196 = NJW-RR 2008, 629.

²⁰² BGHZ 179, 344 = BGH NJW 2009, 2127 = BGH WM 2009, 800 = BGH NZI 2009, 400.

BGB richten.

(aa) Sittenwidrige Schädigung durch Eingriff in das Gesellschaftsvermögen. Im Mittelpunkt des „Trihotel“-Urteils steht die sittenwidrige Schädigung. Der II. Zivilsenat hat dazu eine Fallgruppe geschaffen und umschreibt diese als planmäßige Entziehung des Gesellschaftsvermögens durch den Gesellschafter und die beseitigte Solvenz der Gesellschaft, die zum unmittelbaren oder mittelbaren Vorteil eines Gesellschafters oder Dritten führt.²⁰³ Über die Varianten des Eingriffs geht der BGH in diesem Urteil weiter davon aus, dass nicht nur die Vermögensentziehung, die den Zugriff der Gläubiger auf dieses Vermögen verhindert, sondern auch die faktische dauerhafte Beeinträchtigung der Erfüllung der Verbindlichkeiten umfasst werden sollten.²⁰⁴ Zu diesen potenziell vermögenswirksamen Rechtsänderungen sollen rücksichtslose Vermögensverschiebungen zur Ausplünderung oder Selbstbedienung, planmäßige Verschleierung von Vermögenslagen, Einsatz grob inkompetenter Organe oder Tolerierung grober Organisationsmängel gehören.²⁰⁵ Im konkreten Fall kommen z.B. der Verkauf von notwendigen Produktionsmitteln zum Marktpreis, der Abzug von dringend erforderlicher Liquidität durch Austausch von Umlaufvermögen in kurzfristig nicht veräußerbare Vermögenswerte, die einseitige Zuweisung von Risiken oder die Umleitung von Geschäftschancen in Betracht.²⁰⁶ Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass solch ein Eingriff, der sich zwar bilanziell neutral abzeichnet, jedoch im Einzelfall zur Insolvenz der Gesellschaft führen und Grundlage für eine Haftung wegen Existenzvernichtung sein kann, soweit sie zum Vorteil der Gesellschafter erfolgt. Dazu könnte auch die Sicherheitenbestellung durch eine abhängige Gesellschaft für Kredite an andere verbundene Unternehmen gehören.

Nicht davon umfasst werden zuerst die Fallgruppe der materiellen Unterkapitalisierung²⁰⁷, die Fälle des Missbrauchs der Rechtsform wegen Vermögensvermischung²⁰⁸, die die Insolvenz der Gesellschaft lediglich verursachende Maßnahme²⁰⁹ oder das Verhalten, das von der business judgement rule gedeckt wäre.²¹⁰

²⁰³ BGH v. 16. 7. 2007, II ZR 3/04, DStR 2007, 1586. Eben da an anderer Stelle spricht der BGH von der insolvenzverursachenden oder insolvenzvertiefenden „Selbstbedienung“ am Gesellschaftsvermögen bzw. der rechtsmissbräuchlichen „Ausplünderung“ der Gesellschaft durch den Gesellschafter zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger.

²⁰⁴ BGH NZG 2007, 677, 671 Rn. 30.

²⁰⁵ Schanze, NZG 2007, 681, 683, 684.

²⁰⁶ Gloger/Goette/van Huet, DStR 2008, 1141, 1143; vgl. auch Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 283.

²⁰⁷ Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 283.

²⁰⁸ Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 284, 288.

²⁰⁹ Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 285.

²¹⁰ Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 285.

(bb) Schaden: Da das neue Haftungskonzept auf die deliktische Haftung des BGB beruht, soll sich der kausale Schaden nach der in § 249 Abs. 1 BGB normierten Differenzhypothese²¹¹ richten.²¹² Danach ist die Gesellschaft durch den Schadensersatz so zu stellen, wie sie ohne das Fehlverhalten des Gesellschafters stehen würde.²¹³ Dies umfasst damit unmittelbar entzogene Vermögenspositionen, daneben sog. Kollateralschäden, die etwa durch insolvenzbedingte Zerschlagungsverluste entstehen, und kann sich darüber hinaus auf den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) sowie auf die Kosten des Insolvenzverfahrens erstrecken.²¹⁴ Der Höhe nach ist der Schaden aber auf den zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger oder für den Ausgleich der Kosten des Insolvenzverfahrens notwendigen Betrag begrenzt.²¹⁵

(cc) (Bedingter) Vorsatz: Dem klassischen Verständnis der Rechtsprechung von Vorsatz im Rahmen des § 826 BGB zufolge ist grundsätzlich keine Schädigungsabsicht (*dolus directus*), sondern bloß bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*) erforderlich.²¹⁶ Dies soll auch für das neue Haftungskonzept gelten.²¹⁷ Danach muss der Gesellschafter eine insolvenzbedingte Schädigung des für die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger reservierten Haftungsfonds mindestens billigend in Kauf nehmen.²¹⁸ Im Übrigen bezieht sich die hierbei mit § 826 BGB verbundene Vorsatzerfordernis nicht nur auf die schädigende Handlung, sondern auch auf den Handlungserfolg in Gestalt des Gläubigerschadens.²¹⁹ Nicht erforderlich ist aber das Bewusstsein, sittenwidrig zu handeln.²²⁰ Zu beachten ist dabei, dass der Beweis des bedingten Vorsatzes nach der Rechtsprechung bereits mit Darlegung der Leichtfertigkeit des Täters erbracht ist.²²¹ Dies ist der Fall, wenn der Täter geradezu „die Augen vor der sittenwidrigen Schädigung verschließt“. ²²²

(b) Adressat der Haftung:

²¹¹ Oetker, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., 2007, § 249, Rn. 18 f.

²¹² Gloger, Goette, van Huet, DStR 2008, 1141, 1146.

²¹³ Goette, DStR 2007, 1586, 1594; Oetker, in: MünchKomm-BGB, § 249, Rn. 18.

²¹⁴ Vgl. Gloger/Goette/van Huet, DStR 2008, 1141, 1146; Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 286; Weller, ZIP 2007, 2686; Wicke, GmbH, 2008, § 13, Rn. 9.

²¹⁵ BGH NJW 2007, 2695.

²¹⁶ BGH v. 30. 1. 1953, I ZR 88/52, BGHZ 8, 387, 393, NJW 1953, 900, 902; v. 21. 4. 1972, V ZR 52/70, BGHZ 59, 1, 2, NJW 1972, 1463, 1464; v. 11. 11. 1966, I b ZR 91/64, NJW 1967, 493, 495; v. 22. 9. 1970, VI ZR 193/69, NJW 1970, 2291, 2292; v. 21. 4. 1972, V ZR 52/70, BGHZ 59, 1, NJW 1972, 1463; v. 30. 11. 1978, II ZR 204/76, NJW 1979, 2104, 2105; v. 14. 6. 2000, VIII ZR 218/99, NJW 2000, 2896 2897.

²¹⁷ Gloger/Goette/van Huet, DStR 2008, 1141, 1144 f.; Wicke, GmbH, § 13, Rn. 10.

²¹⁸ Wicke, GmbH, § 13, Rn. 10; ein anderer Autor spricht sich für eine den Anforderungen des § 64 S. 3 GmbHG entsprechende Erkennbarkeit der Insolvenzverursachung aus, s. Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbHKonzernrecht, Anhang § 318, Rn. 44 m.w.N.; a.A., Schwab, ZIP 2008, 341, 348 ff.; Zöllner, FS Konzern, 999, 1013 ff.

²¹⁹ Vgl. Gloger, Goette, van Huet, DStR 2008, 1141, 1144 f.; Wicke, GmbH, § 13, Rn. 10.

²²⁰ Paefgen, DB 2007, 1910; Wicke, GmbH, § 13, Rn. 10.

²²¹ BGH v. 5. 3. 1975, VIII ZR 203/73, WM 1975, 559, 560.

²²² BGH v. 22. 6. 1992, II ZR 178/90, NJW 1992, 3167, 3174.

Haftungsträger sind zuerst alle Gesellschafter, die an dem Eingriff in das Gesellschaftsvermögen mitgewirkt haben.²²³ Außerdem können dies auch mittelbar beteiligte Gesellschafter sein, die über einen beherrschenden Einfluss an einer zwischengeschalteten Gesellschaft verfügen.²²⁴ Darüber hinaus können aufgrund der deliktsrechtlichen Konzeption gemäß § 830 BGB auch Mittäter und Gehilfen in die Verantwortlichkeit einbezogen werden, wie insbesondere Minderheitsgesellschafter oder Geschäftsführer, wobei die letzteren daneben auch nach § 43 Abs. 2 haften können.²²⁵

(c) Das Verhältnis zu §§ 30, 31 GmbHG

Seit dem „Bremer Vulkan“-Urteil war die Existenzvernichtungshaftung unter dem Konzept der Durchgriffshaftung gegenüber den Kapitalerhaltungsvorschriften als subsidiär angenommen. Mit dem Wechsel von (modifiziertem) Durchgriff zur Innenhaftung durch das „Trihotel“-Urteil lässt sich das Verhältnis zwischen den beiden Institutionen unproblematisch als Anspruchsgrundlagenkonkurrenz bestimmen.²²⁶

(3) Der Einfluss des MoMiG auf das „Trihotel“-Konzept

Mit dem am 1. 11. 2008 in Kraft tretenden Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG, BGBl I, 2006) sind viele Gesetzesänderungen im GmbH- und Aktienrecht eingetreten, darunter fallen viele wichtige Kapitalbindungsregelungen. Was die Existenzvernichtungshaftung im MoMiG betrifft, gilt es besonders, die Ergänzung des § 64 GmbHG um einen neuen Satz 3 in den Blick zu nehmen. Danach haftet der Geschäftsführer einer GmbH dafür, dass er durch Auskehr des letzten Vermögens an die Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit der GmbH herbeiführt. Allerdings werden hier allein die Geschäftsführer haftbar gemacht. Ob die Gesellschafter dabei auch in eine haftungsbewehrte Verantwortung gegenüber den Gläubigern genommen werden sollen, hat die neue Vorschrift offen gelassen.

Der Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG²²⁷ nach beabsichtige der Entwurf „keine abschließende Regelung der Existenzvernichtungshaftung und greif(e) demgemäß der weiteren Rechtsfortbildung nicht vor.“²²⁸ Demzufolge geht eine im

²²³ Vgl. auch Gloger/Goette/van Huet, DStR 2008, 1141, 1146.

²²⁴ BGH NJW 2007, 2689.

²²⁵ Wicke, GmbH, § 13, Rn. 8 m.w.N.

²²⁶ BGHZ 173, 246 (Trihotel) = ZIP 2007, 1552 Tz. 38 ff.; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbHKonzernrecht, 6. Aufl., 2010, Anhang § 318, Rn. 45 m.w.N.; Habersack, ZGR 2008, 533, 548; Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 285, 289 f.

²²⁷ BT-Dr 16/6140, S. 106, 112.

²²⁸ Dazu K. Schmidt, GmbHR 2008, 449, 457f.

Schrifttum z.T. vertretene Meinung davon aus, dass die durch Rechtsprechung entwickelte Haftungsverfassung der existenzvernichtenden Eingriffe nicht durch das MoMiG angetastet werden soll.²²⁹ Allerdings wird im Schrifttum die Frage gestellt, ob die neue Regelung die Haftung des Gesellschafters weiterhin auf § 826 BGB und damit von einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung abhängig machen will, während der Geschäftsführer schon bei Fahrlässigkeit der Haftung unterliegt.²³⁰ Dies gibt der Rechtsprechung Anlass, das neue Konzept des II. Zivilsenats zur Existenzvernichtungshaftung zu überdenken und zu modifizieren.

(4) Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger bei Verweigerung des Insolvenzverfahrens mangels Masse?

Als Anspruchsinhaber bezüglich des neuen Konzepts der Existenzvernichtungshaftung kommt zuerst die GmbH in Betracht.²³¹ Danach steht dem Gläubiger der GmbH ein direkter Anspruch gegen die haftenden Gesellschafter zwar nicht zu,²³² bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens lässt sich dieser Anspruch allerdings durch den Insolvenzverwalter geltend machen.²³³ Außerhalb des Insolvenzverfahrens wie z.B. bei Masselosigkeit verweist der II. Zivilsenat sie auf den Umweg, aufgrund eines Titels gegen die Gesellschaft nach Pfändung und Überweisung der ihr zustehenden Ansprüche gegen die Gesellschafter vorzugehen.²³⁴ Dagegen geht die im Schrifttum z.T. vertretene Meinung von einer Direkthaftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern bei Masselosigkeit aus.²³⁵ Dieses Problem soll in der Praxis eine geringe Rolle spielen, weil dabei ein Paradox besteht, da bei Masselosigkeit die Pfändung bzw. das Überweisenlassen des Anspruchs aus der Existenzvernichtungshaftung für den Gläubiger nur von Bedeutung ist, wenn ihre Durchsetzung Aussicht auf Erfolg hat und gerade in diesem Fall die Gesellschaft dann nicht mehr masselos ist und das Insolvenzverfahren eröffnet werden muss.²³⁶

²²⁹ S. z.B. Hirte, NZG 2008, 761, 764; Kindler, NJW 2008, 3249, 3253; Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 288. Für eine Gesellschafterhaftung unter fahrlässigem Vermögensentzug vgl. Habersack, ZGR 2008, 533, 558; K. Schmidt, GmbHR 2008, 449, 455, 457 f.

²³⁰ Habersack, ZGR 2008, 533, 558; Hirte, NZG 2008, 761, 764.

²³¹ S. z.B. Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 285.

²³² Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 286; vgl. auch Habersack, ZGR 2008, 533, 547. Abgesehen von der Durchgriffshaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs wird eine Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern aus Anspruchsgrundlagen, die sie persönlich verwirklichen, im Schrifttum z.T. für möglich gehalten (Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 296, 305), während der BGH sie abgelehnt hat (BGH NJW 2007, 2689, 2693).

²³³ BGH NJW 2007, 2689, 2693; vgl. auch Habersack, ZGR 2008, 533, 548; Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 286.

²³⁴ S. Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 286, auch eben da 290, 297.

²³⁵ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 38, 47; Habersack, ZGR 2008, 533, 548; Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 297.

²³⁶ Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 286.

b) Das neue Haftungssystem im faktischen GmbH-Konzern

Wie oben erwähnt, finden die konzernrechtlichen Regelungen von §§ 311-318 AktG keine analoge Anwendung auf den faktischen GmbH-Konzern. Nach überwiegender Meinung ist dabei vorrangig an die (gesteigerte) Treuepflicht des Gesellschafters gleichermaßen gegenüber der abhängigen Gesellschaft wie gegenüber den Mitgesellschaftern anzuknüpfen.²³⁷ Allerdings ist die mitgliedschaftliche Treuepflicht in der Einpersonen-GmbH bzw. GmbH ohne eine opponierende Minderheit mangels eigenständigen Interesses der Gesellschaft grundsätzlich nicht anzunehmen.²³⁸ Dafür wurde in der Rechtsprechung zunächst die Rechtsfigur des qualifizierten faktischen Konzerns und später die an ihre Stelle tretenden Regelungen der Existenzvernichtungshaftung entwickelt. Zu ihrem Geltungsbereich hat der BGH schon im zweiten Leitsatz des „L. Kosmetik“-Urteils darauf hingewiesen, dass diese Haftung auch die einvernehmlich mitwirkenden Mitgesellschafter treffe.²³⁹ Damit sollen die Regelungen der Existenzvernichtungshaftung auch im Fall der GmbH mit opponierender Minderheit für das schädigende Verhalten der einvernehmlichen Mehrheit Anwendung finden.²⁴⁰ Dies soll sich auch mit dem Wechsel ihrer Anspruchsgrundlage von der Durchgriffslehre zum Deliktsrecht nicht ändern.

Insofern wird die Problematik der Gesellschafterhaftung im faktischen GmbH-Konzern gesellschaftsrechtlich bzw. bürgerrechtlich umfasst und wird in vorliegender Arbeit nachfolgend auf gesellschaftsrechtlicher Ebene weiter behandelt. Andererseits wird die konzernbezogene Perspektive in der Rechtsprechung zunehmend außer Betracht gelassen. Im Schrifttum wird allerdings die Meinung vertreten, dass die Grundsätze des qualifizierten faktischen Konzerns in der mehrgliedrigen GmbH weiter beizubehalten sind.²⁴¹ Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen.²⁴² Zunächst ist der konzernrechtliche Zusammenhang wie z.B. das Abhängigkeitsverhältnis und die Unternehmerstellung der Gesellschafter bei Existenzvernichtungshaftung nicht erforderlich. Nicht erforderlich ist auch die qualifizierte Leitungsintensität des zu haftenden Gesellschafters. Denn das neue Haftungsmodell umfasst nicht nur die

²³⁷ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13 Rn. 68, 90.

²³⁸ BGH DB 2000, 661; NJW 2000, 154, 155; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbHKonzernrecht, Anhang § 318, Rn. 33; Habersack, ZGR 2008, 533, 536; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlußanh. Rn. 112 f. In der Bremer Vulkan-Entscheidung hat der BGH ein auf Bestandsschutz gerichtetes Eigeninteresse von Einpersonengesellschaften mbH anerkannt, aus dem für den Alleingesellschafter ein Verbot von Existenzgefährdung folgt, BGH ZIP 2001, 1874 = WM 2001, 2062 = NJW 2001, 3622.

²³⁹ BGHZ 150, 161 = BGH NJW 2002, 1803.

²⁴⁰ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13 Rn. 123; Habersack, ZGR 2008, 533, 559.

²⁴¹ Vgl. vor allem Habersack, ZGR 2008, 533, 556; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlußanh. Rn. 189, jeweils m.w.N.; zum Meinungsbild im Schrifttum, s. Habersack, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 122.

²⁴² Im Ergebnis eben so, Liebscher, GmbH-Konzernrecht, F. Rn. 560.

Vermögensentziehung, sondern auch sonstige Maßnahmen der Gesellschafter, die zur Insolvenz der Gesellschaft führen. Insofern besteht zwischen beiden Rechtsinstituten bezüglich des Regelungsgegenstandes kein großer Unterschied. Im Übrigen dient die Existenzvernichtungshaftung mit Annahme der deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlage in erster Linie wie die Haftung des qualifizierten faktischen Konzerns dem Interesse der Gesellschaft und hat auch beim Widerspruch wie die Letztere Schadensersatz zur Folge. Darüber hinaus hat die Rechtsfigur des qualifizierten faktischen Konzerns hinsichtlich des Gläubigerschutzes im Vergleich zur Existenzvernichtung keinen Vorzug, da die Ansprüche der GmbH gegenüber ihren Gesellschaftern nach den Grundsätzen des qualifizierten faktischen Konzerns zwar vor Insolvenz der Gesellschaft geltend gemacht werden können, sind jedoch für die Gläubiger nur von Bedeutung, sofern ihre Forderungen nicht befriedigt werden können. Die im Schrifttum gelegentlich vertretene Auffassung, dass das Rechtsinstitut des qualifizierten faktischen Konzerns mindestens im Fall einer extremen Organisations- und Vermögensvermischung²⁴³ oder im Fall der Geschäftsführung der GmbH wie eine Betriebsabteilung²⁴⁴ beizubehalten ist, kann auch durch die allgemeine Durchgriffslehre überholt werden.

c) Existenzvernichtungshaftung bei der Sicherheitenbestellung durch eine GmbH im faktischen Konzern

Wie oben erörtert, stellt die Gesellschafterhaftung im faktischen GmbH-Konzern kein konzernrechtliches Problem im eigentlichen Sinne mehr dar. Denn die dafür zunächst in Betracht kommende Haftung wegen Treupflichtsverletzung wird herkömmlicherweise auf gesellschaftsrechtlicher Ebene behandelt, so dass in der vorliegenden Arbeit die Auswirkung der Treupflicht auf die Sicherheitenbestellung im faktischen GmbH-Konzern nachfolgend bei § 7 ausführlich erörtert wird. Die Haftung für existenzvernichtende Eingriffe beruht nach dem „Trihotel“-Urteil auf bürgerlichrechtlichen Regeln. Hinsichtlich der Konzernlage im Sachverhalt des „Trihotel“-Urteils wird die Problematik der Kreditsicherung im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung an dieser Stelle behandelt.

aa) Die Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf aufsteigende Sicherheitenbestellung im Konzern

Wie oben erörtert, liegt eine Existenzvernichtungshaftung vor, wenn Eingriffe seitens

²⁴³ S. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 122.

²⁴⁴ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 123 f.

der Gesellschafter die Insolvenz der GmbH verursachen oder vertiefen, wobei es einer Kausalität zwischen den Eingriffen und der Insolvenz der GmbH bedarf,²⁴⁵ wobei der Insolvenzantrag oder gar die Eröffnung des Verfahrens nicht erforderlich sind.²⁴⁶ Demnach ist es für die Anwendung der Grundsätze der existenzvernichtenden Eingriffe auf die Sachverhalte in der vorliegenden Arbeit erforderlich, dass die (Anweisung des Gesellschafters zur) Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft die Insolvenz der GmbH verursacht hat.

(1) Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht beeinträchtigt die Verwendung von Gesellschaftsvermögen als Sicherheit für ein von einem Gesellschafter aufgenommenes Darlehen noch nicht die Solvenz der Gesellschaft.²⁴⁷ Folgt man der Ansicht des BGH in der Trihotel-Entscheidung, ist ein existenzvernichtender Eingriff dann anzunehmen ist, wenn die Gesellschaft das gegebene Sicherungsgut selbst nicht mehr nutzen und deshalb ihren Betrieb nicht mehr fortführen kann oder die Weggabe des Sicherungsguts zu einer empfindlichen Beeinträchtigung der Kreditfähigkeit für dringende, externe Mittel führt.²⁴⁸ In diesem Fall wird die Gesellschaft insolvent.

(2) Für die Begründung der Existenzvernichtungshaftung genügt jede Veranlassung einer nachteiligen Maßnahme, die den Zusammenbruch der Gesellschaft nach sich zieht.²⁴⁹ Ein bloßes Unterlassen reicht jedoch nicht aus.²⁵⁰ Demzufolge ist auch die Veranlassung der Sicherheitenbestellung als existenzvernichtender Eingriff zu qualifizieren.

(3) Die Haftung setzt im übrigen Verschulden voraus. Dazu spricht sich der BGH für einen Schädigungsvorsatz aus,²⁵¹ während nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht eine den Anforderungen des § 64 S. 3 GmbHG entsprechende Erkennbarkeit der Insolvenzverursachung genügt.²⁵² Dafür maßgebend ist der Zeitpunkt der Vornahme der Maßnahme.²⁵³ Danach führt die Insolvenz der Gesellschaft durch die Inanspruchnahme der Sicherheit nicht unbedingt zur Haftung des die

²⁴⁵ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbHKonzernrecht, Anhang § 318, Rn. 43 f.; Servatius, in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 4, Rn. 379, jeweils m.w.N.

²⁴⁶ S. BGH ZIP 2008, 455 Tz. 13; auch Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbHKonzernrecht, Anhang § 318, Rn. 43 m.w.N.; Servatius, in: Michalski, GmbHG, Systematische Darstellung 4, Rn. 379.

²⁴⁷ Liebscher, in: MünchKommGmbHG, 1. Aufl., 2010, Anhang GmbH-Konzernrecht, Rn. 624.

²⁴⁸ BGH Urt. v. 6. 7. 2007 - II ZR 3/04, Tz. 48 = BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689.

²⁴⁹ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 41 m.w.N.

²⁵⁰ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 41 m.w.N.

²⁵¹ BGHZ 173, 246 = ZIP 2007, 1552 Tz. 30.

²⁵² Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 44.

²⁵³ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 41 m.w.N.

Sicherheitenbestellung veranlassenden Gesellschafters.²⁵⁴ Die Annahme der Existenzvernichtungshaftung ist dann zu verneinen, wenn die Verwertung der Sicherheit zwar unmittelbar zur Insolvenz der GmbH führt, die Inanspruchnahme der Sicherheit bei der Bestellung aber nicht absehbar ist.²⁵⁵ Der Gesellschafter kann sich entlasten, wenn er nachweist, dass bei vernünftiger kaufmännischer Betrachtungsweise die Inanspruchnahme der Sicherheit und die dadurch verursachte Zahlungsunfähigkeit der GmbH objektiv nicht wahrscheinlich war.²⁵⁶ Wiederum maßgebend für die Beurteilung, ob die gesicherte Forderung der Kreditsicherung bei Fälligkeit wahrscheinlich nicht vollständig erfüllt werden kann, ist der Zeitpunkt der Erteilung der Weisung²⁵⁷ an die GmbH bzw. an Geschäftsführer zur Bestellung der Sicherheit, oder spätestens bei der Bestellung der Sicherheit.²⁵⁸ Ist die Beeinträchtigung der Fähigkeit der GmbH zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten durch die Inanspruchnahme der Sicherheit nach der ex ante-Betrachtungsweise nicht wahrscheinlich, ist eine später eintretende Zahlungsunfähigkeit wegen Inanspruchnahme der Sicherheit dem Alleingesellschafter nicht zurechenbar²⁵⁹. Insofern fehlt es an dem Vorsatzerfordernis und damit kommt die Existenzvernichtungshaftung nicht in Betracht.²⁶⁰ Wird hingegen die fehlende Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nachträglich anderweitig wiederhergestellt (etwa durch Rückgewähr empfangener Leistungen oder durch Kapitalzufuhr), so ist für die Gesellschafterhaftung trotz gegebenen Eingriffs kein Raum.²⁶¹ In der Praxis kann durch Einholung des Gutachtens eines externen Sachverständigen das Haftungsrisiko des Gesellschafters und des Geschäftsführers weiter begrenzt werden.

(4) Die Frage, wann ein sittenwidriger Eingriff vorliegt, ist für die Anwendung der Grundsätze der existenzvernichtenden Eingriffe auf konkrete Fälle weniger von Bedeutung. Ein Eingriff in das Gesellschaftsvermögen kann zwar im Zeitpunkt der Maßnahme sittenwidrig sein, eine Existenzvernichtungshaftung kommt aber nur in Betracht, wenn der Eingriff tatsächlich zur Insolvenzreife der Gesellschaft führt. Die Sittenwidrigkeit des Eingriffs hängt auch eng mit der Insolvenz der Gesellschaft

²⁵⁴ H. M., vgl., Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 41, 51, jeweils m.w.N.

²⁵⁵ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 41.

²⁵⁶ Diem, ZIP 2003, 1283, 1286.

²⁵⁷ Vgl. Diem, ZIP 2003, 1283, 1286, dabei ist aber vom Fehlen der Zurechenbarkeit die Rede.

²⁵⁸ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 51 m.w.N.; vgl. auch Diem, ZIP 2003, 1283, 1286; Schrell/Kirchner, BB 2003, 1451, 1454, verknüpfen beide allerdings an den Kapitalerhaltungsregelungen bzw. an der bilanziellen Betrachtungsweise.

²⁵⁹ Diem, ZIP 2003, 1283, 1289.

²⁶⁰ Habersack, ZGR 2008, 533, 546 m.w.N.; vgl. auch Gloger/Goette/van Huet, DStR 2008, 1141, 1144 ff., vor allem 1146.

²⁶¹ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 43 m.w.N.

zusammen. Ist die Inanspruchnahme der Sicherheit im Zeitpunkt der Veranlassung bzw. der Bestellung nach einer diesbezüglichen Prognose wahrscheinlich oder wird die Sicherheit sogar tatsächlich in Anspruch genommen, wird die eventuelle Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft jedoch nachträglich anderweitig beseitigt und damit die Solvenz erhalten, dann liegt keine Existenzvernichtungshaftung vor.

bb) Die Auswirkung der Existenzvernichtungshaftung auf das Sicherungsgeschäft

(1) Nach vorgenannter Ausführung haftet der Gesellschafter einer GmbH für seine existenzvernichtende Einflussnahme auf die GmbH zur Sicherheitenbestellung nur dann, wenn die Inanspruchnahme der Sicherheit die Insolvenz der GmbH verursacht oder vertieft. Gleiches soll auch auf den Fall der Bestellung schuldrechtlicher Sicherheit gelten, wo bei der Insolvenzreife der GmbH die Sicherheit wegen Masse- bzw. Vermögenslosigkeit nicht in Anspruch genommen werden kann. Im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verpflichtet sich der Gesellschafter nach der „Trihotel“-Entscheidung nun zum Schadensersatz gegenüber der GmbH, wobei die Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter durchgeführt werden soll. Bei Masse- bzw. Vermögenslosigkeit der GmbH hat der Gesellschafter nach der im Schrifttum vielfach vertretenen Meinung²⁶² für den Ausfall der Gläubiger der GmbH einzustehen. Schließlich hat die Veranlassung des Gesellschafters zur Sicherheitenbestellung im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung eine Schadensersatzpflicht gegenüber der GmbH zur Folge und im Prinzip keine Auswirkung auf die Wirksamkeit des Sicherheitsgeschäfts zwischen der GmbH und dem Kreditinstitut. Sittenwidriger Eingriff im vorliegenden Sachverhalt ist also die Veranlassung des Mehrheitsgesellschafters, nicht das Sicherheitsgeschäft, das von dem Kreditgeber und der GmbH abgeschlossen wird. Ausnahmsweise kann das Sicherheitsgeschäft wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB nichtig werden, wenn das besicherte Kreditinstitut zusammen mit dem Gesellschafter, der die GmbH zur Sicherheitenbestellung veranlasst hat, bewusst zum Schaden der Gesellschaft oder der Gläubiger wirkt.²⁶³

(2) Bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist die Auswirkung der Existenzvernichtungshaftung auf das sicherungsnehmende Kreditinstitut je nach der Beziehung des Kreditnehmers mit der sicherungsgebenden GmbH unterschiedlich.

²⁶² S. vor allem Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 8. Auflage, § 30, S. 559.

²⁶³ Vgl. Schrell/Kirchner, BB 2003, 1451, 1456, dessen Auffassung richtet sich auf die zu einer Einlagenrückgewähr führende Kreditbesicherung.

Wird der Kredit an den Mehrheitsgesellschafter als Muttergesellschaft der GmbH gewährt, bedeutet die Inanspruchnahme der Sicherheit im Regelfall den Ausfall der Forderung des Kreditinstituts aus dem Kreditgeschäft mit dem Gesellschafter (Hauptschuldner). Insofern stellt die Verpfändung und Überweisung des Schadensersatzanspruchs der GmbH gegen den kreditnehmenden Gesellschafter keine zusätzliche Sicherheit für das Kreditinstitut dar, da dieser Anspruch mit demjenigen aus dem Hauptschuldverhältnis (Kreditgeschäft) einen gemeinsamen Schuldner hat, nämlich den kreditnehmenden Gesellschafter (Muttergesellschaft). Wird der durch die GmbH gesicherte Kredit an eine Schwestergesellschaft gewährt, haftet die Muttergesellschaft als Gesellschafter aufgrund der Existenzvernichtungshaftung, wenn er die Sicherheitenbestellung durch die GmbH veranlasst. Insofern kann sich die Befriedigungsquote des Kreditinstituts zwar durch die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs der GmbH gegen den Gesellschafter (Muttergesellschaft) erhöhen, wenn dieser wirtschaftlich noch gesund ist. Allerdings hat das Kreditinstitut bezüglich des Schadensersatzanspruchs der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter keinen Vorrang vor anderen Gläubigern der GmbH, wenn es von der GmbH nur schuldrechtlich besichert ist.

(3) Wird bei Masse- bzw. Vermögenslosigkeit der GmbH kein Insolvenzverfahren eröffnet, wie oben erörtert, hat der Gesellschafter für den Ausfall der Gläubiger der GmbH einzustehen, sofern er nach den Grundsätzen der existenzvernichtenden Eingriffe haften muss.²⁶⁴ Insofern können die Gläubiger der GmbH, einschließlich des sicherungsnehmenden Kreditinstituts im Fall der Bestellung schuldrechtlicher Sicherheiten, in Höhe des Ausfalls ihrer Forderungen den haftenden Gesellschafter direkt in Anspruch nehmen. Die praktische Bedeutung dieser Ausfallhaftung des Gesellschafters für das Kreditinstitut, wie im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ist je nach der Beziehung des Kreditnehmers mit der sicherungsgebenden GmbH unterschiedlich. Nimmt der Mehrheitsgesellschafter selbst den Kredit, führt der Anspruch der GmbH aus Existenzvernichtungshaftung gegen den Gesellschafter ins Leere, da in diesem Fall das Kreditinstitut schon an der Geltendmachung seiner Forderung gegen den Gesellschafter aus dem Kreditgeschäft scheitert. Dagegen könnte der Mehrheitsgesellschafter als Konzernmutter im Fall der Kreditgewährung an eine Schwestergesellschaft wirtschaftlich noch gesund sein, damit die Forderung des Kreditinstituts mithilfe der Ausfallhaftung gesichert werden, wenn beide Forderungen aus dem Kreditgeschäft und aus der schuldrechtlichen Sicherung ausfallen.

²⁶⁴ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anhang § 318, Rn. 38, 47.

III. Kreditsicherung und die Grundsätze über qualifizierte Nachteilzufügung im Aktienkonzern

Auch nach der Einführung der Grundsätze der existenzvernichtenden Eingriffe in der Rechtsprechung finden §§ 302, 303 AktG nach der h.M. schlechthin entsprechende Anwendung auf den Fall der qualifizierten Nachteilzufügung des herrschenden Unternehmens im faktischen Aktienkonzern²⁶⁵, also auf den Fall der nachteiligen Maßnahme, die nicht isolierbar ist, oder wenn die durch sie entstehenden Nachteile unquantifizierbar sind. Im vorliegenden Sachverhalt stellt sich hierbei die Frage, ob die Sicherheitenbestellung auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens durch die abhängige AG eine qualifizierte Nachteilzufügung darstellen kann bzw. wie sich die Regeln der qualifizierten Nachteilzufügung auf das Sicherheitengeschäft auswirken.

1. Tatbeständliche Voraussetzungen der entsprechenden Anwendung von §§ 302, 303 AktG auf den Fall der „qualifizierten Nachteilzufügung“

Wie oben erörtert, finden §§ 302, 303 AktG trotz der neuen Entwicklung der Rechtsprechung über die Existenzvernichtungshaftung weiterhin auf den Fall des faktischen Aktienkonzerns eine entsprechende Anwendung, gleichgültig ob die abhängige AG über Minderheitsaktionäre verfügt oder nicht²⁶⁶. Die Haftung analog §§ 302, 303 AktG kommt dann in Betracht, wenn eine auf die Abhängigkeit zurückzuführende Nachteilzufügung vorliegt, ohne dass ein einzelner Ausgleich für die dadurch entstehende Schädigung möglich ist. Die dafür erforderliche Abhängigkeit liegt vor, wenn das herrschende Unternehmen neben seiner Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft ein anderweitiges unternehmerisches Interesse verfolgt, wobei eine mittelbare Abhängigkeit genügt.²⁶⁷ Darüber hinaus muss der durch die Einflussnahme des herrschenden Unternehmens zugefügte Nachteil nicht durch einen einzelnen Ausgleich kompensiert werden; sei es, weil die Einflussnahme nicht isolierbar ist, sei es, weil ihre Folgen nicht quantifiziert werden können. Unter

²⁶⁵ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 317, Rn. 13; vgl. auch Altmeppen, in: MünchKommAktG, Anhang zu § 317 Rn. 10, 55 m.w.N.; a.A. vgl. vor allem Altmeppen, in: MünchKommAktG, Anhang zu § 317 Rn. 11 ff. m.w.N.

²⁶⁶ Vgl. Altmeppen, in: MünchKommAktG, Anhang zu § 317, Rn. 14 m.w.N.; s. auch Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 303 Rn. 3, Anh. § 317, Rn. 5. Im Nichtannahmebeschluss „Züblin/Strabag“ (NZG 2008, 831, 832 = ZIP 2008, 1872) hat der BGH bereits einige Zurückhaltung hinsichtlich der Übertragbarkeit der GmbH-rechtlichen Grundsätze auf die AG erkennen lassen.

²⁶⁷ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 317, Rn. 7.

dem hiergenannten Begriff des Nachteils versteht man jede Beeinträchtigung der Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft, sofern diese nicht durch einen bewertbaren und zumindest gleichwertigen Vorteil ausgeglichen wird.²⁶⁸ Zu derartiger Nachteilzufügung gehört nicht nur die breitflächige, nicht mehr in Einzelmaßnahmen zerlegbare Einflussnahme. Dazu können vielmehr auch einzelne, als solche isolierbare Maßnahmen in Betracht kommen, soweit sie kompensationsunfähig sind.²⁶⁹ Maßgeblich dafür ist, ob die Einflussnahme des herrschenden Unternehmens bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung und unter Berücksichtigung des gebotenen unternehmerischen Ermessens eindeutig zu Lasten der abhängigen Gesellschaft geht.²⁷⁰ Anders als im Rahmen der Haftung für Eingriffe, die die Existenz der GmbH vernichten, ist die Vermögenslosigkeit oder Insolvenz der abhängigen Gesellschaft weder eine notwendige noch hinreichende Voraussetzung für die Haftung analog §§ 302 ff. AktG²⁷¹.

2. Kreditsicherung als qualifizierte Nachteilzufügung?

Zur Frage, ob bei der Kreditsicherung eine qualifizierte Nachteilzufügung vorliegen kann, ist zunächst zwischen dem nachteiligen Charakter der Veranlassung zur Sicherheitenbestellung durch den Mehrheitsgesellschafter und den nachteiligen Eingriffen im Sinne der qualifizierten Nachteilzufügung zu unterscheiden. Dabei ist zuerst zu fragen, ob die Veranlassung durch das herrschende Unternehmen die Haftung für eine qualifizierte Nachteilzufügung nach sich ziehen kann. Dies ist der Fall, wenn der abhängigen Gesellschaft durch die Sicherheitenbestellung unkalkulierbare Nachteile zugefügt werden. Wie oben beim faktischen Konzern schon erörtert, liegt ein Nachteil durch die Bestellung von Sicherheiten für Verbindlichkeiten des herrschenden Unternehmens oder anderer Konzernunternehmen vor, wenn im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit die Inanspruchnahme derselben nicht unwahrscheinlich ist und der abhängigen Gesellschaft kein vollwertiger Rückgriffsanspruch zusteht²⁷². Allerdings fehlt es in diesem Fall an der Kompensationslosigkeit durch Einzelausgleich, da der durch solche Kreditsicherung entstehende Nachteil, wie oben erörtert, durch Ablösung des Darlehens oder durch hinreichende Sicherung des Rückgriffsanspruchs der abhängigen Gesellschaft ausgeglichen werden kann²⁷³. Im Ergebnis scheidet die entsprechende Anwendung

²⁶⁸ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 317, Rn. 11.

²⁶⁹ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 317, Rn. 10.

²⁷⁰ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 317, Rn. 14.

²⁷¹ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 317, Rn. 13.

²⁷² Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 47a.

²⁷³ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 62a m.w.N.

von §§ 302, 303 AktG aus²⁷⁴, abgesehen von dem Fall fehlerhafter oder gar fehlender Buchführung²⁷⁵. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten sind wie oben beim faktischen Aktienkonzern geschildert.

3. Auswirkung der Grundsätze der qualifizierten Nachteilzufügung auf die Kreditsicherung

Anders zu beurteilen ist dies aber dann, wenn im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit durch die abhängige Gesellschaft die Voraussetzung der qualifizierten Nachteilzufügung schon gegeben ist, etwa wegen nicht in Einzelmaßnahmen zerlegbarer, nachteiliger Konzernleitung. In diesem Fall sind die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten aufgrund der entsprechenden Anwendung von §§ 302, 303 AktG wie bei dem Vertragskonzern und die einschlägigen Regeln für das sicherungsnehmende Kreditinstitut nur relevant, wenn es eine Personalsicherheit von der abhängigen Gesellschaft aufgenommen hat. Dabei ist noch zu beachten, dass etwaige Einzelansprüche der abhängigen Gesellschaft aus §§ 317, 318 AktG, wie oben beim faktischen Konzern geschildert, durch die in vorliegender Arbeit zu behandelnde Kreditsicherung neben der entsprechenden Anwendung von §§ 302, 303 AktG in Betracht kommen können²⁷⁶.

Darüber hinaus ist zu fragen, ob sich die Unterlassungs- bzw. Beseitigungsansprüche der Minderheitsgesellschafter beim Vorliegen der Haftung für qualifizierte Nachteilzufügung auf das Drittgeschäft, das auf die Veranlassung des herrschenden Unternehmens zurückzuführen ist, auswirken. Solche Ansprüche beruhen auf Rechtswidrigkeit der qualifizierten Nachteilzufügung trotz der entsprechenden Anwendung der §§ 302 f. AktG und sind allgemein anerkannt²⁷⁷. Sie richten sich gegen konkrete nachteilige Maßnahmen²⁷⁸. Adressaten sollen jedoch lediglich sämtliche an dem Kompetenzübergreif beteiligte Personen im Innerverhältnis der abhängigen Gesellschaft bzw. innerhalb des Konzernverhältnisses sein, etwa das herrschende Unternehmen und die abhängige Gesellschaft, mithin auch die Organverwalter der abhängigen Gesellschaft sowie ggf. diejenigen des herrschenden

²⁷⁴ Anscheinend kommt bei der Konzernbesicherung im Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 317 Rn. 15 eine Bestandsgefährdung in Betracht. Allerdings geht es bei dem da als Beispiel in Fn. 64 angenommenen Urteil BGHZ 122, 123, 131 f = NJW 1993, 1200 um die nicht ordnungsgemäße Buchung, die zu den Ausnahmefällen von fehlerhafter oder fehlender Buchführung gehört.

²⁷⁵ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 317, Rn. 19.

²⁷⁶ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. 317, Rn. 24.

²⁷⁷ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. 317, Rn. 27 m.w.N.

²⁷⁸ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. 317, Rn. 27 m.w.N.

Unternehmens²⁷⁹. Dies entspricht dem Meinungsstand des „Trihotel“-Urteils, bei dem der BGH von einer Binnenhaftung bei existenzvernichtenden Eingriffen ausgeht. Demzufolge wird im vorliegenden Sachverhalt das Sicherungsgeschäft zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem Kreditinstitut von den Unterlassungs- bzw. Beseitigungsansprüchen der Minderheitsgesellschaft nicht berührt.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht soll bei Vermögenslosigkeit der abhängigen AG statt der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung analog § 303 Abs. 1 AktG eine Ausfallhaftung des herrschenden Unternehmens in Betracht kommen.²⁸⁰ Dadurch kann sich die Stellung der Gläubiger der AG verbessern. Allerdings ist dies im vorliegenden Sachverhalt nur von Bedeutung, wenn der Kredit nicht an das herrschende Unternehmen gewährt wird. Sonst hat diese Ausfallhaftung für das Kreditinstitut keinen Sinn, da es schon bei der Geltendmachung der Forderung aus dem Kreditgeschäft gegen das herrschende Unternehmen gescheitert ist.

4. „Existenzvernichtungshaftung“ des Aktionärs?

Die Rechtsfigur der Existenzvernichtungshaftung wurde zum GmbH-Recht entwickelt. Zu der Frage, ob und inwieweit das Haftungskonzept des existenzvernichtenden Eingriffs in das Aktienrecht zu übernehmen ist, hat der BGH noch keinen Anlass gehabt, Stellung zu nehmen. In der Literatur war es vor der „Trihotel“-Entscheidung zwar strittig geblieben.²⁸¹ Nach dem neuen Haftungskonzept wird die Existenzvernichtungshaftung aber nunmehr auf § 826 BGB gestützt, so dass sie ihrer deliktsrechtlichen Natur nach auch für die AG zu übernehmen ist.²⁸² Zu beachten ist, dass die Existenzvernichtungshaftung im Aktienrecht hinter der Haftung aus § 117 AktG, die deliktischen Ursprung hat und den Rückgriff auf § 826 BGB entbehrlich macht,²⁸³ zurückbleiben könnte.²⁸⁴ Nimmt man die Meinung an, dass die Regelungen des qualifizierten faktischen Konzerns im Aktienkonzern weiter gelten sollen, soll diese Schadensersatzpflicht gem. § 117 Abs. 7 Nr. 2 AktG ausgeschlossen werden, da die Regelungen über den Vertragskonzern im Fall des qualifizierten faktischen Konzerns analog anzuwenden sind. Demzufolge führt dies dazu, dass die Existenzvernichtungshaftung im Fall des qualifizierten faktischen Konzerns keine

²⁷⁹ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. 317, Rn. 28.

²⁸⁰ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. 317, Rn. 24.

²⁸¹ Zum Meinungsbild, s. Heider, MünchKommAktG, § 1 Rn. 85.

²⁸² Altmeppen, in: MünchKommAktG, Anhang zu § 317 Rn. 13; Habersack, ZGR 2008, 533, 549 ff., m.w.N.; Heider, in: MünchKommAktG, § 1, Rn. 77, 85.

²⁸³ Hüffer, FS Kropff, 1997, S. 127, 135 f.

²⁸⁴ Habersack, ZGR 2008, 533, 551; Hüffer, AktG, § 1 Rn. 26a.

Anwendung findet.²⁸⁵ Darüber hinaus kann das herrschende Unternehmen unter dem Schutzsystem des §§ 302, 303 AktG schon im Vorfeld der Existenzvernichtung von der abhängigen Gesellschaft auf Verlustausgleich in Anspruch genommen werden, damit die abhängige Gesellschaft und mit ihr die Gesellschaftsgläubiger bereits gegen existenzgefährdende Maßnahmen geschützt sind.²⁸⁶

²⁸⁵ Für eine Verdrängung der besonderen Haftung bei qualifizierter Nachteilszufügung im faktischen Aktienkonzern, vgl. J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 317, Rn. 48 m.w.N.

²⁸⁶ Leuring/Goertz, in: Hölters, Aktiengesetz, Rn. 97 m.w.N.

Kapitel 2: Kreditsicherung nach allgemeinem Gesellschaftsrecht

Bei der Kreditsicherung durch die Gesellschaft zugunsten eines Gesellschafters geht es um ein Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einer gesellschaftsfremden Bank. Ein solches Rechtsgeschäft einer Gesellschaft nach draußen wird im Gesellschaftsrecht nicht besonders geregelt. Gesellschaftsrechtlich relevant ist es, wenn es dabei um die Vermögenszuwendung an einen Gesellschafter geht. Die Bestellung von Kreditsicherheiten durch eine Gesellschaft kann die gesellschaftsrechtlichen Regelungen dann berühren, wenn durch sie ein Gesellschafter mit einem Vermögensvorteil begünstigt wird.

Die Gesellschafter haben zwar einen Anspruch auf ihren Anteil am Gewinn (§ 58 IV AktG, § 29 GmbHG). Allerdings hat die Gewinnverwendung nur in Form von gesetzlich vorgeschriebenen Vorgängen zu erfolgen. Dafür sorgt die Regelung über die Kompetenzverteilung innerhalb der Gesellschaftsorgane. Wird einem Gesellschafter durch die Kreditsicherung der Gesellschaft ein Vermögensvorteil eingeräumt, ist zu prüfen, ob die Einräumung des Vermögensvorteils als eine derartige Gewinnverwendung anzusehen ist und daher die Regelung der Kompetenzverteilung berührt.

Außer der gesetzlich zugelassenen Gewinnverwendung ist das Gesellschaftsvermögen je nach der Form der Gesellschaft in unterschiedlichem Maße an die Gesellschaft gebunden und darf nicht für die Gesellschafter verwendet werden. Dazu dient der Kapitalerhaltungsgrundsatz. Wird das gebundene Vermögen der Gesellschaft durch Bestellung der Sicherheit für Verbindlichkeiten eines Gesellschafters in unzulässiger Maße beeinträchtigt, könnte dies zum Verstoß der Grundsätze der Kapitalerhaltung führen.

Neben den oben genannten Regelungen der Kapitalerhaltung und der Kompetenzverteilung sind dabei noch die Regeln über die Beschränkung der Gesellschafterrechte zu beachten. Dazu gehören vor allem der Gleichbehandlungsgrundsatz, die Treuepflicht der Gesellschafter und § 117 AktG. Die Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft kann durch Ausübung der Gesellschafterrechte geschehen, die hinsichtlich der Einräumung von Vermögensvorteilen an bestimmte Gesellschafter diese Beschränkung überschreiten könnte.

§ 4. Kreditsicherung durch die Gesellschaft und die diesbezüglichen Grundsätze im Gesellschaftsrecht

I. Gläubiger- bzw. Minderheitsschutz als Kernpunkte des Gesellschaftsrechts

Im Mittelpunkt des Gesellschaftsrechts steht der Schutz der Gesellschaftsgläubiger und der Minderheitsgesellschafter, wofür man zahlreiche Grundsätze im Gesellschaftsrecht entwickelt hat. Da das Interesse der Gläubiger sowie anderer Mitgesellschafter durch die Sicherheitenbestellung der Gesellschaft beeinträchtigt werden könnte, ist die Untersuchung an dieser Stelle zuerst auf die für den Schutz der Gläubiger bzw. der Mitgesellschafter entwickelten Grundsätze abzustellen.

1. Das System der Haftungsbeschränkung und Mechanismen des Gesellschaftsgläubigerschutzes

a) Das Trennungsprinzip und die Regeln zum Gläubigerschutz

Im Recht der Kapitalgesellschaft gilt das sog. Trennungsprinzip¹. Dies hat eine zweiseitige Bedeutung. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet einerseits das Sondervermögen der Gesellschaft. Andererseits beschränkt sich die Haftung der Gesellschafter lediglich auf das Vermögen, das sie in die Gesellschaft zur Bildung des Sondervermögens der Gesellschaft eingebracht haben. Die Gesellschaftsgläubiger haben grundsätzlich keinen Zugriff auf das Privatvermögen der Gesellschafter. Dies wird als die sog. beschränkte Haftung der Gesellschafter bezeichnet².

In diesem Sinne besteht für die Gesellschaftsgläubiger eine Gefahr. Im Rechtsverkehr können die Gläubiger die Befriedigung ihrer Ansprüche gegen die Gesellschaft lediglich durch das Vorhandensein des Gesellschaftsvermögens sichern³. Zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger verlangt der Gesetzgeber zwar ein bestimmtes Garantiekapital⁴ der Gesellschaft als endgültigen Risikoträger, das in der Satzung festzulegen ist (Vgl. § 7 AktG, § 5 GmbHG). Diese finanzielle Mindestausstattung der Gesellschaft kann jedoch von den Gesellschaftern vorenthalten oder nachträglich

¹ Vgl. Wiedemann, GesR, § 4 I 2 b), S. 198 ff.

² Eine bessere Bezeichnung dafür ist „Haftungsausschluss der Gesellschafter“, s. Wiedemann, GesR, § 4 I 3b), S. 202 f.

³ Die haftende Vermögensmasse besteht aus Anlagevermögen, Umlaufvermögen und Rechnungsabgrenzungsposten, vgl. § 266 Abs. 2 HGB, s. K. Schmidt, GesR., 3 Aufl., § 18 II 2 a). Die Beschränkung der Haftungsmasse auf Grund- bzw. Stammkapital oder „Eigenkapital“ mag deshalb missverständlich sein. Doch das Grund- bzw. Stammkapital ist für die Kapitalsicherung von großer Bedeutung, etwa als wichtiges Kriterium für die Gewinnausschüttung, vgl. z.B. Wiedemann, GesR., § 10 IV 1 b), S. 557.

⁴ Zur Institution des gebundenen Garantiekapitals vgl. Wiedemann, GesR., § 10 IV 1 b), S. 556 ff.

zurückgenommen werden. Für den Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor solcher Gefahr sorgen dann weitere Rechtsinstitutionen, vor allem die Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhaltung⁵.

b) Das Verbot der Einlagenrückgewähr – verdeckte Gewinnausschüttung und verdeckte Einlagen

aa) Das Verbot der Einlagenrückgewähr

Der Grundsatz der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung wird im Gesellschaftsrecht durch eine Reihe von Vorschriften gewährleistet⁶. Im vorliegenden Sachverhalt geht es um die Vermögensverschiebung zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter durch Sicherungsleistung, in erster Linie die Regeln der Kapitalerhaltung betreffend, wobei der Grundsatz des Verbots der Einlagenrückgewähr für die Sicherungsleistung seitens der Gesellschaft einerseits, und das Recht über das „eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen“ für die Sicherheitenbestellung seitens des Gesellschafters andererseits einschlägig sein kann. Darüber hinaus ist unter dem Verbot der Einlagenrückgewähr noch der Begriff der sog. „verdeckten Gewinnausschüttung“ zu beachten.

Zum Schutz der Gläubiger ist das Verbot der Einlagenrückgewähr von besonderer Bedeutung. Die einmal von den Gesellschaftern eingebrachten Einlagen dürfen in keiner Weise an die Gesellschafter zurückgewährt werden (Vgl. § 57 AktG, § 30 GmbHG), wodurch die Gläubiger sich auf das als Garantiefond fungierende Grund- bzw. Stammkapital verlassen können. Die Gesellschafter haben zwar Anspruch auf Gewinne oder Dividenden (Vgl. § 57 III AktG, § 29 I GmbHG), die Gewinnverteilung ist jedoch im Gesellschaftsrecht stark beschränkt. Sie muss anhand gesetzlich bestimmter Entscheidungsverfahren durch die zuständigen Organe der Gesellschaft vorgenommen werden. Auch der Umfang des zu verteilenden Gesellschaftsvermögens ist gesetzlich streng vorgeschrieben⁷. Eine darüber hinausgehende Vermögensverteilung, etwa eine offene Ausschüttung, ist je nach der Gesellschaftsform in unterschiedlichem Maße verboten. Diese Grenze kann auch überschritten werden, etwa durch Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit einem Gesellschafter. Gesetzlich ist die Gesellschaft frei, Rechtsgeschäfte mit ihren

⁵ Daneben kommen noch die Unterkapitalisierungsverbote und die Insolvenzantragspflichten bei Überschuldung, s. K. Schmidt, GesR, § 18 IV 1 b) bb).

⁶ Vgl. Kübler, GesR, § 14 I 2 c, S. 153 ff., und § 17 II 2, S. 227 ff.

⁷ Dies ist im AktG und GmbHG unterschiedlich bestimmt, vgl. §§ 57 ff. AktG und §§ 30 f. GmbHG.

Gesellschaftern zu tätigen wie mit jeder anderen Person⁸. Nur wenn Leistung und Gegenleistung in solchen Rechtsgeschäften in keinem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, wird ein Vermögenswert von der Gesellschaft nicht ordnungsgemäß an die Gesellschafter zugewendet. In diesem Falle würde nicht nur ein Verstoß gegen die Regelungen des Gewinnverteilungsverfahrens ausgelöst werden. Auch die Regeln über das Verbot der Einlagenrückgewähr könnten einschlägig werden, wenn das gebundene Vermögen dadurch beschädigt wird. Im Schrifttum werden solche Fälle als „verdeckte Gewinnausschüttung“⁹ bezeichnet.

Die verdeckte Gewinnausschüttung könnte zwar eine Sondererscheinung von Einlagenrückgewähr¹⁰ darstellen, inhaltlich ist dieser Begriff aber umfangreicher. Neben den Regelungen über das Verbot der Einlagenrückgewähr kann sie nach im Schrifttum vertretener Meinung auch die Regeln über die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung verletzen, soweit das Gewinnverteilungsverfahren nicht ordentlich eingehalten wird¹¹. Eine vollkommen systematisierte Rechtsinstitution von „verdeckter Gewinnausschüttung“ ist bislang nicht vorhanden. Im Folgenden soll erläutert werden, welche Bestimmungen für die verdeckte Gewinnausschüttung eventuell anwendbar sind.

bb) Das Recht der eigenkapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen

Die geltende Rechtsordnung verlangt zwar ein Mindestkapital in der Gesellschaft. Jedoch ist gesetzlich nicht bestimmt, dass die Gesellschaft mit hinreichenden Finanzmitteln ordnungsgemäß ausgestattet werden muss¹². Um die Unternehmen zu finanzieren, kann man mit haftendem Eigenvermögen der Gesellschaft oder von Dritten Kredite aufnehmen. Wegen des charakteristischen Unterschiedes¹³ zwischen Eigenkapital und Fremdkapital kommt es in der Wirtschaftspraxis häufig vor, anstatt einer Eigenkapitalaufbringung bzw. -erhöhung den tatsächlichen Finanzbedarf der Gesellschaft mit Krediten und Sach- oder Sicherheitsleistungen zu decken¹⁴.

⁸ Vgl. Lutter, FS Stiefel, S. 528; ders., KölnKommAktG, § 57 Rn. 15; Hefermehl/Bungeroth, in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 1984, § 57 Rn. 11.

⁹ Oder besser verdeckte „Vermögensverlagerung“, vgl. Wiedemann, GesR., § 8 III 1 a), S. 440.

¹⁰ Gegen § 57 AktG vgl. zB. K. Schmidt, GesR., § 29 II 2; gegen § 30 I GmbHG vgl. zB. K. Schmidt, GesR., § 37 III 1 c).

¹¹ Vermögenszuwendung an die Gesellschafter ohne Zustimmung der Gesellschafter könnte zB. gegen §§ 29, 46 Nr. 1 GmbHG oder § 174 AktG verstoßen; zur Kompetenzverletzung vgl. auch Baumbach/Hueck, GmbHG, § 29 Rn. 75; Wilhelm, FS Flume II, S. 373.

¹² Vgl. K. Schmidt, GesR., § 18 II 4. Ausnahmsweise mit drei Spezialnormen, vgl. Wiedemann, GesR., § 10 IV 3, S. 565. In der Wirtschaftspraxis sind tatsächlich über zwei Drittel der Gesellschaften mit dem gesetzlichen Mindestkapital begründet, vgl. Raiser, Das Recht der Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 1, S. 448.

¹³ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 18 II 2 b); Wiedemann, GesR., § 10 IV 3, S. 565 ff.

¹⁴ Diese (formelle) Fremdkapital übersteigt dabei das gebundene Eigenkapital manchmal um ein Vielfaches, vgl. Wiedemann, GesR., § 10 IV 3 a), S. 568 m.w.N.

Insbesondere können die Gesellschafter in einer Finanzkrise der Gesellschaft ihren Kapitaleinsatz wieder herausziehen, wenn dieser in Form von Fremdkapital eingeführt ist. Für die Gläubiger der Gesellschaft bedeutet dies eine Gefahr von Unterkapitalisierung¹⁵. Zum Schutz der Gläubiger wurde von der Rechtsprechung lange Zeit der Begriff des „eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens“ verwendet. Danach wurden die in Form von Fremdkapital von den Gesellschaftern an die Gesellschaft erbrachten Leistungen unter bestimmten Voraussetzungen wie Eigenkapital behandelt.¹⁶ Diese am Anfang nur für Gesellschaften m.b.H. anwendbare Rechtsinstitution wurde später im GmbHG kodifiziert (§§ 32 a, b GmbHG) und allgemein anerkannt auch auf Aktiengesellschaften übertragen.¹⁷

cc) Die Modifizierung durch das MoMiG¹⁸

Zu beachten ist, dass das MoMiG von der Gründung bis zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft umfassende Auswirkungen auf den Gesellschafter hat,¹⁹ vor allem im GmbH-Recht. Neben den konzernrechtlichen Regeln werden auch die Vorschriften über die Kapitalerhaltung und über das Eigenkapitalersatzrecht im allgemeinen Gesellschaftsrecht durch die Neuregelungen des MoMiG geändert. Zur Bestimmung, ob Kreditgewährungen durch die Gesellschaft an Gesellschafter verdeckte Einlagenrückgewähr bzw. verbotene Auszahlung i.S.d. §§ 30, 31 GmbHG darstellen können, hat der BGH im November-Urteil²⁰ eine Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise genommen. Mit dieser Ansicht hat der BGH größte Aufregung in der Wirtschaft und bei ihren Beratern hervorgerufen.²¹ Dazu hat der Gesetzgeber in den Vorschriften durch das MoMiG die Ansicht entsprechend der herkömmlichen h.M.²² vor dem November-Urteil aufgenommen, wonach das maßgebliche Kriterium wieder die Rückkehr zum bilanziellen Denken ist.²³ Nach der neuen Fassung des § 30 Abs. I GmbHG ist ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsgrundsätze also nicht gegeben, soweit eine Leistung durch einen

¹⁵ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 18 II 4 b). Beispiel für materielle und nominelle Unterkapitalisierung, vgl. Raiser, Das Recht der Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 1, S. 448.

¹⁶ Von „verdecktem Eigenkapital“ spricht Wiedemann bei eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, vgl. ders., GesR., § 10 IV 3, S. 570.

¹⁷ Allerdings mit abweichenden Tatbeständen, vgl. zB. Raiser, Das Recht der Kapitalgesellschaften, § 19 Rn. 23 ff.

¹⁸ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl I 2008, BGBl Jahre 2008 I Seite 2026.

¹⁹ Zirngibl, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 4, Rn. 1.

²⁰ BGH BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111.

²¹ Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 1. Aufl. 2008, 5. Kapitel, Rn. 51.

²² Vgl. Schäfer, DStR 2006, 2085, 2089; Karsten Schmidt, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. (2009), Rdnr. 1.46.; ders., GmbHR 2008, Jahre 2008, S. 449, 453; Spindler, ZHR 171 (2007), ZHR 2007, S. 245, 269; Saenger, in: FS Westermann, 2008, S. 1381, 1397; jew. m.w. N.

²³ Vgl. Rose, in Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6, Rn. 104.

vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist.

Im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Finanzordnung werden durch das MoMiG nicht nur die Regelungen über das Verbot der Einlagenrückgewähr wie z.B. § 30 Abs. 1 GmbHG geändert, sondern auch die Regelungen über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen von §§ 32 a und 32 b GmbHG a.F. gestrichen. Außerdem wird die entsprechende Anwendung der Regelungen über die Kapitalerhaltung durch den neuen § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG ausdrücklich aufgehoben. Allerdings ergeben sich durch die Neufassung für die Gesellschafter keine wesentlichen Änderungen, da nach der Regierungsbegründung die Zahlungen auf Gesellschafterdarlehen nunmehr der insolvenzrechtlichen Anfechtung unterliegen,²⁴ so dass Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall grundsätzlich mit Nachrang versehen sind. Insofern kann der Insolvenzverwalter nach den einschlägigen neuen Regelungen der InsO und des AnfG Rechtshandlungen zur Erfüllung oder Besicherung der Forderungen anfechten und die Zahlungen im letzten Jahr vor Stellung des Eröffnungsantrags zur Masse zurückziehen.²⁵ Mit der Ausgestaltung und Anwendung der insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften kann sogar eine Haftungsverschärfung bestehen.²⁶ Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Grundsätze der eigenkapitalersetzenden Darlehen aus der Rechtsprechung auch von den neuen Regelungen des MoMiG verdrängt werden.

2. Das Mehrheitsprinzip und die Mechanismen des Minderheitsschutzes

a) Interessenkonflikt zwischen der Mehrheit und Minderheit der Gesellschafter

Im Gesellschaftsrecht gilt das Mehrheitsprinzip²⁷. Damit hat die Gesellschaftermehrheit eine faktische Einflussmöglichkeit auf die Organe der Gesellschaft und kann dadurch ihren Willen durchsetzen. Die Interessen der Minderheit in der Gesellschaft werden vernachlässigt oder sogar beschädigt. So besteht ein Interessenkonflikt zwischen der Mehrheit und der Minderheit der Gesellschaft. Dies wird besonders deutlich, wenn die Gesellschaftermehrheit noch anderweitig unternehmerisch tätig ist, wie es sich z.B. typischerweise in einem

²⁴ RegE, BR-Drs. 354/07, S. 96.

²⁵ Vgl. Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 1. Auflage 2008, 6. Kapitel, Rn. 59; Rose, in Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6, Rn. 139.

²⁶ Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 6. Kapitel, Rn. 59.

²⁷ Vgl. § 133 I AktG, § 47 I GmbHG, s. zB. K. Schmidt, GesR., § 16 II 1.

Konzern darstellt²⁸. Dort kann das Interesse der Gesellschaft, dem das Interesse der Minderheitsgesellschafter im Regelfall entspricht, wegen Verfolgung gesellschaftsfremder Interessen durch die Mehrheit beeinträchtigt werden²⁹.

b) Schutzmechanismen für Minderheitsgesellschafter im Gesellschaftsrecht

Die Mechanismen des Minderheitsschutzes sind vielfältig. *Wiedemann* hat dafür den eigentlichen (sachlichen) Minderheitsschutz von den formellen Minderheitsrechten unterschieden³⁰. Dabei beziehen sich die formellen Minderheitsrechte auf die erforderliche Anzahl zur Ausübung aktiver Mitverwaltungs- und Kontrollrechte, wie etwa die Einberufung der Gesellschafterversammlung, die Abberufung von Geschäftsführern, Anfechtungsklagen, Geltendmachung von Ersatzansprüchen oder Bestellung von Sonderprüfern, usw.³¹ Wichtig ist der sachliche Minderheitsschutz, der entweder durch eine garantierte Beteiligung an Beschlüssen und Wahlen oder durch die gerichtliche Kontrolle der von der Mehrheit veranlassten Maßnahmen erreicht werden kann³². Dazu dienen die qualifizierten Stimm- und Kapitalerfordernisse für die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die flexiblen Schranken der Mehrheitsabstimmung – Bindung an das Sitten- und Treuegebot – und nicht zuletzt die gerichtliche Rechtskontrolle³³.

Im Recht der Kapitalgesellschaften ist der gesetzliche Minderheitsschutz bei den einzelnen Rechtsformen unterschiedlich³⁴. Einheitliches Instrument des Minderheitsschutzes aller Rechtsformen stellt die Rechtskontrolle durch das Gericht dar³⁵, insbesondere mit Hilfe des Gleichbehandlungsgrundsatzes³⁶ oder der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht³⁷.

²⁸ Vgl. Wiedemann, GesR., § 8, I 1, S. 407.

²⁹ Dies ist besonders deutlich bei einer Unternehmenskonzentration. Konzernrechtliche Regeln, vgl. unten Teil 4.

³⁰ Wiedemann, GesR., § 8, I 4, S. 419 ff. Anderer Unterscheidungsvorschlag vgl. K. Schmidt, GesR., § 16 III b), S. 474 ff.

³¹ Wiedemann, GesR., § 8, I 4 a), S. 419.

³² Wiedemann, GesR., § 8, I 4 b), S. 420.

³³ Wiedemann, GesR., § 8, I 4 b), S. 420 ff.

³⁴ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 16 III 1 b); Wiedemann, GesR., § 8, I 4 b), S. 423.

³⁵ Oder eventuell durch Behörden, vgl. Wiedemann, GesR., § 8, I 4 b), S. 423 f.

³⁶ Vgl. Wiedemann, GesR., § 8, II 2, S. 427 ff.

³⁷ Zur Anerkennung der Treuepflicht in AG und GmbH vgl. K. Schmidt, GesR., § 20 IV 2. Dort wird auch darauf hingewiesen, dass die Treuepflicht nicht nur dem Minderheitsschutz dienen soll.

II. Kreditsicherung unter gesellschaftsrechtlicher Betrachtung

Für den Schutz der Gesellschaftsgläubiger ist der Grundsatz der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung von zentraler Bedeutung. Insbesondere steht für vorliegenden Sachverhalt der Grundsatz der Kapitalerhaltung im Vordergrund, wobei dies sich noch in zwei Fallgruppen unterteilen lässt, nämlich die verdeckte Gewinnausschüttung und das eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen. Bei dem ersteren handelt es sich um Vermögenszuwendungen der Gesellschaft an die Gesellschafter und bei letzterem um die Bindung des Privatvermögens der Gesellschafter, das in Form von Fremdkapital an die Gesellschaft geflossen ist. Bei den Besicherungen der Bankkredite an ein Konzernunternehmen durch andere verbundene Unternehmen ist auf gesellschaftsrechtlicher Ebene noch zu unterscheiden, ob die Gesellschaft als Sicherungsgeber oder Kreditnehmer, dem die Kreditsicherung zugutekommt, auftritt. Die Sicherheitenbestellung aus dem Vermögen der Gesellschaft könnte einerseits als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt werden. Andererseits könnten die Regeln der kapitalersetzenden Gesellschafterleistung Anwendung finden, wenn zugunsten einer Gesellschaft Sicherheiten durch die Muttergesellschaft als Gesellschafter bestellt werden. Darüber hinaus könnten auch die Regeln über den Minderheitsschutz eingeschaltet werden, denn dabei könnte es als Vermögenszuwendung lediglich an bestimmte Gesellschafter gehen.

1. Kreditsicherung und verdeckte Gewinnausschüttung

a) Begriff und Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung

Der Begriff der „verdeckten Gewinnausschüttung“ wurde ursprünglich im Steuerrecht zum Ausdruck gebracht³⁸. Im Gegensatz zur sog. „offenen Gewinnausschüttung“³⁹ bezieht sich die verdeckte Gewinnausschüttung auf die Zuwendung von Vermögenswerten der Gesellschaft an einen Gesellschafter außerhalb eines gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungsbeschlusses, insbesondere die in Form eines Rechtsgeschäfts eingekleidete Leistung, durch die dem Gesellschafter zu Lasten

³⁸ Vgl. dazu ausführlich Döllerer, verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, 1975; ders., BB 1979, 57, 63; vgl. auch Wiedemann, GesR., § 8 III 1, S. 440; Ebenroth, Die verdeckte Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, 1979, S. 325 mit zahlreichen BFH-Entscheidungen in Fn. 11.

³⁹ Es bezieht sich hier auf die Verteilung des zB. nach §§ 57 III, 58 IV AktG festgestellten Bilanzgewinns, vgl. Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, 1993, S. 177, 180; K. Schmidt, GesR., § 29 II 2; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 19 II 3, S. 216; Lutter, in: KölnKommAktG, § 57, Rn. 14; Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57, Rn. 10; Wiesner, MünHdbAktien, § 16 Rn. 35. Andere Beispiele für offene Ausschüttung vgl. §§ 71 Abs. 1, 71d, 291 III AktG, s. Lutter, KölnKommAktG, § 57, Rn. 8, 47; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 2.

des gemeinsamen Sondervermögens ein Vorteil verschafft wird⁴⁰. Im positiven Gesellschaftsrecht gilt dafür keine direkte Regelung. Nach im Schrifttum vertretener Meinung setzt die verdeckte Gewinnausschüttung voraus, dass eine Vermögenszuwendung an einen Gesellschafter oder einen ihm nahestehenden Dritten⁴¹ durch ein Rechtsgeschäft⁴², das aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses abgeschlossen wird⁴³, erfolgt.

Wie oben erwähnt, kann die Gesellschaft im Prinzip beliebig mit dem Gesellschafter Verträge abschließen wie mit sonstigen Dritten. Die verdeckte Gewinnausschüttung ist in besonderer Weise zu regulieren, weil dabei die Verträge gerade aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses abgeschlossen worden sind. In solchen Fällen ist das Gesellschaftsvermögen nicht selten zugunsten des Gesellschafters belastet. Insofern entspricht die verdeckte Gewinnausschüttung nach dem Leitbild des Gesetzgebers nicht dem Grundsatz der Kapitalerhaltung und ist deswegen unzulässig. Fraglich ist allerdings, unter welchen Umständen ein Rechtsgeschäft aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses abgeschlossen ist. Hierbei ist die verdeckte Gewinnausschüttung von dem sog. Drittgeschäft abzugrenzen.

Vom Drittgeschäft (auch als Umsatzgeschäft genannt) spricht man, wenn ein Gesellschafter als Geschäftspartner tatsächlich wie ein Dritter behandelt wird⁴⁴ und seine gesellschaftsrechtliche Beziehung zu der Gesellschaft ohne Einfluss auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts bleibt⁴⁵. Nach h.M. und der Rechtsprechung ist dafür entscheidend, ob in dem betreffenden Rechtsgeschäft Leistung und Gegenleistung zu Lasten der Gesellschaft in einem angemessenen Verhältnis stehen⁴⁶, wobei der Marktpreis für die Ermittlung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung maßgeblich sein kann. Wo kein Marktpreis besteht, soll darauf abgestellt werden, ob die Verwaltung der Gesellschaft bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters aus § 93 III AktG, § 43 I GmbHG das Rechtsgeschäft unter sonst gleichen Umständen zu gleichen Bedingungen auch mit einem

⁴⁰ Vgl. Wiedemann, GesR., § 8 III 1, S. 440.

⁴¹ Vgl. Wiedemann, GesR., § 8 III 1 a), S. 440 f.; K. Schmidt, GesR., § 29 II 2 a), S. 896 m.w.N.

⁴² Vgl. K. Schmidt, GesR., § 29 II 2 a), S. 896; Wiedemann, GesR., § 8 III 1 a), S. 440 f.

⁴³ Wiedemann, GesR., § 8 III 1 a), S. 441 m.w.N. Dies ist dadurch gekennzeichnet, dass das Rechtsgeschäft unter sonst gleichen Umständen mit einem gesellschaftsfremden Dritten nicht abgeschlossen worden wäre, vgl. auch K. Schmidt, GesR., § 29 II 2 a); Flume, Juristische Person, § 8 IV 2 b; ders., ZHR 144 (1980), 18 ff.; BGH NJW 1987, 1194; Rowedder, GmbHG, § 30 Rn. 15; Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 20 m.w.N.

⁴⁴ Vgl. Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 15; Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, 1993, S. 180 f. m.w.N.

⁴⁵ Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57, Rn. 11, verweist auf Lutter, AktG, § 57, Rn. 10; Barz, in: GrossKommAktG, § 57, Anm. 7; Flume, ZHR 144, 20, 21; Wiesner, in: MünchHdbAktien, § 16 Rn. 35; Horn, ZIP 1987, 1225, 1226 f.

⁴⁶ Lutter, in KölnKommAktG, § 57 Rn. 16 ff.; Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 12; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 216; Flume, ZHR 144 (1980), 18, 20; BGH DB 1987, 573.

gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hätte⁴⁷.

Daraus ergibt sich das entscheidende Kriterium für die verdeckte Gewinnausschüttung beim Leistungsaustauschvertrag mit einem Gesellschafter, nämlich „ob die Gesellschaft an den Gesellschafter für eine überhaupt vergütungswürdige Leistung eine objektiv gleichwertige oder eine die Leistung des Gesellschafters übersteigende Gegenleistung erbringt“⁴⁸. Eine Kenntnis von der Aktionärs Eigenschaft des Geschäftspartners seitens der AG ist nicht erforderlich⁴⁹.

b) Die eventuell anwendbaren Regeln im Gesellschaftsrecht

Die Bemühungen um die Systematisierung einer Rechtsinstitution von verdeckten Gewinnausschüttungen sind jedoch wenig hilfreich. Denn diese könnte ganz verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen⁵⁰. Solche Rechtsfolgen beruhen auf verschiedenen selbstständigen Regeln. So bildet die verdeckte Gewinnausschüttung keinen systematisierten allgemeinen Rechtsgrundsatz. Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung muss je nach den eventuell anwendbaren Regelungen unterschiedlich bestimmt werden.

(1) Die Kapitalerhaltungsregelungen: Die verdeckte Gewinnausschüttung stellt eine Vermögenstransformation dar und könnte in erster Linie die Regelungen der Vermögensbindung (also die Kapitalerhaltungsregelungen) berühren⁵¹. Im Recht der Kapitalgesellschaften sind sie aufgrund der unterschiedlichen Schutzbedürfnisse zwischen den Gesellschaften-mbH und den Aktiengesellschaften je nach der Rechtsform der Gesellschaft unterschiedlich gestaltet⁵². Nach §§ 57 ff. AktG ist, abgesehen vom Bilanzgewinn (§§ 57 III, 58 IV AktG), jede Ausschüttung verboten. Es geht um das gesamte Gesellschaftsvermögen und hat nichts mit dem gebundenen Vermögen zu tun⁵³. Dagegen sind Auszahlungen im GmbH-Recht nur verboten, wenn das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angegriffen wird⁵⁴.

⁴⁷ Vgl. z.B. Lutter, KölnKommAktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 21, verweist auf BFHE 108, 183 und 123, 475 sowie AG 1980, 312; Döllerer, Verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 19 ff. Auch vgl. BGH DB 1987, 573; Ebenroth, Die verdeckten Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, 1979, S. 325 mit zahlreichen BFH-Entscheidungen und Literatur. A.A. s. Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 14.

⁴⁸ H.M., vgl. vor allem Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 21 m.w.N.

⁴⁹ Diese Auffassung ist jedoch strittig, s. Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 24 ff.

⁵⁰ Wie z.B. die gesellschaftliche Treuepflicht, die Kapitalerhaltungsregelungen, der Grundsatz der Gleichbehandlung sowie die Zuständigkeitsordnung, vgl. Wiedemann, GesR., § 8 III 1 a), S. 442 f.

⁵¹ H.M., vgl. vor allem K. Schmidt, GesR., § 37 III 1, S. 1130 f. m.w.N.

⁵² Grund dafür, s. Schön RGZ 149, 385, 400; K. Schmidt, GesR., § 29 II 2, S. 896; vgl. auch Wilhelm, FS Flume II, 1978, S. 337; Fabritius, ZHR 144 (1980), 628 ff.

⁵³ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 29 II 2 a.

⁵⁴ Dies ist als Voraussetzung der verdeckten Gewinnausschüttung im GmbH-Recht allgemein

(2) Die Regeln über die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung: Beim vorliegenden Sachverhalt, nämlich der Besicherung von Drittkrediten an die Gesellschaft durch den (Mehrheits-)Gesellschafter, handelt es sich um eine Vermögenstransformation durch ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft mit einem Gesellschafter. Dies gehört zu den Angelegenheiten der Geschäftsführung⁵⁵ und dafür sind die Leitungsorgane der Gesellschaft, nämlich der Vorstand bei der AG und der Geschäftsführer bei der GmbH, zuständig.⁵⁶ Insoweit ist eine durch Rechtsgeschäft bekleidete Ausschüttung ordnungsgemäß, wenn sie im Rahmen der Geschäftsführungskompetenz vorgenommen wird. Fraglich ist allerdings, ob bei der verdeckten Gewinnausschüttung ein solches Rechtsgeschäft, wie das Wort schon deutlich macht, als Gewinnverwendung betrachtet werden kann. Nach § 119 II AktG sowie § 46 Nr. 1 GmbHG bedarf es bei der Gewinnverwendung des Beschlusses der Gesellschafter. Beim Fehlen solch eines Gesellschafterbeschlusses könnte die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, das der Ausschüttung unterliegt, dann fraglich sein, wenn die Ausschüttung als Gewinnverwendung zu betrachten sein soll.

Darüber hinaus können Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit dem Gesellschafter bei Kapitalgesellschaften als juristische Person nur durch ihre Vertretungsorgane unternommen werden. Zu diesen gehören bei der Aktiengesellschaft der Vorstand (§ 78 AktG) und bei der GmbH die Geschäftsführer (§ 35 GmbHG). Bei Außengeschäften im Rechtsverkehr ist die Vertretungsmacht zwar nicht beschränkt⁵⁷, im Innenverhältnis der Gesellschaft sind die Organe jedoch wie die einzelnen Gesellschafter an den Verbandszweck gebunden⁵⁸. Demzufolge stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das pflichtwidrige Verhalten des Vertretungsorgans auf das Außenverhältnis durchschlagen kann.

(3) Die Beschränkung der Rechte der Gesellschafter (Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, Gleichbehandlungsgrundsatz): Durch die verdeckte Gewinnausschüttung könnte ein Gesellschafter zulasten des Gesellschaftsvermögens begünstigt sein, wodurch das Interesse anderer Gesellschafter benachteiligt wird. Dies erfolgt in der Regel dadurch, dass der Gesellschafter seine Einflussmöglichkeit auf die

anerkannt, vgl. K. Schmidt, GesR., § 37 III 1 c) m.w.N.

⁵⁵ Zur Abgrenzung der Geschäftsführung von Grundlagengeschäften vgl. Wiedemann, GesR., § 6 III, S. 323 ff. Zur Bedeutung der Geschäftsführung, vgl. Hüffer, AktG, § 77 Rn. 3; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 5 und § 37 Rn. 2; Zum Umfang der Geschäftsführungsbefugnis im GmbH-Recht, vgl. Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 6 ff.; im Aktienrecht vgl. Hüffer, AktG, § 77 Rn. 3

⁵⁶ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 14 II 1; Wiedemann, GesR., § 6 IV, S. 342; Hüffer, AktG, § 77 Rn. 5; Zöllner, Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 3.

⁵⁷ K. Schmidt, GesR., § 10 II 2 a).

⁵⁸ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 8 V 2, S. 223, und § 10 II 2 a).

Verwaltung der Gesellschaft ausübt und diese zum Abschluss solch eines Rechtsgeschäfts veranlasst. Dem gegenüber besteht typischerweise der Bedarf des Minderheitsschutzes. Wie oben erwähnt, stehen beim Minderheitsschutz der Grundsatz der Gleichbehandlung und die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Vordergrund. Nicht zuletzt kommt auch § 177 AktG in Betracht. So ist auch bei vorliegendem Sachverhalt zu prüfen, welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben können.

c) Die Sicherheitenbestellung als verdeckte Gewinnausschüttung?

Bei der verdeckten Gewinnausschüttung handelt es sich im Gesellschaftsrecht, wie oben erwähnt, um ein Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter, durch das einem Gesellschafter zulasten des Gesellschaftsvermögens ein Vermögensvorteil verschafft wird. Als Beispiel dafür wird häufig die Gewährung unverzinslicher oder ungewöhnlich zinsgünstiger Kredite genommen. Im Schrifttum werden auch die Begleichung einer Schuld des Gesellschafters, der Erlass von Forderungen gegen einen Gesellschafter, die Gewährung von Lizenzen unter günstigen Bedingungen, die Zahlung überhöhter Gehälter, Tantiemen, Provisionen oder Vergütungen für Beraterverträge, Warenlieferung, Überlassung von immateriellem Vermögen, Darlehensgewährung, usw. als verdeckte Gewinnausschüttung anerkannt⁵⁹. Darüber hinaus zählen dazu noch unangemessene Umlagen und Konzernverrechnungspreise⁶⁰. Für vorliegenden Sachverhalt könnte die Frage gestellt werden, ob Sicherheitsgeschäfte der Gesellschaft zugunsten eines Gesellschafters eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen können.

Nach h.M.⁶¹ und der Auffassung der Rechtsprechung⁶² sind Bürgschaften sowie sonstige Sicherheiten (Sicherungshypothek, Grundschuld, Pfandrecht, Wechselzeichnung, usw.) zugunsten des Aktionärs typische Fälle verdeckter Gewinnausschüttung, wenn die Gesellschaft dafür keine angemessene Gegenleistung erhält. Allerdings stellt die verdeckte Gewinnausschüttung wie oben erwähnt keine selbstständige Rechtsinstitution dar. Dafür findet man keine einheitlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Sie sind je nach den einzelnen Regelungen unterschiedlich bestimmt. So muss die Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft

⁵⁹ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 19 Rn. 3, S. 216.

⁶⁰ Wenn der Vertrag ungünstig gestaltet ist, vgl. Merkel, in: Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 529, 536.

⁶¹ Vgl. Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 28; Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 19 m.w.N.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S.216.

⁶² BGH AG 1981, 227; OLG Koblenz AG 1977, 231 f; OLG München AG 1980, 272 f.; Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. m.w.N..

zugunsten eines Gesellschafters nach den oben geschilderten Regelungen im Einzelnen überprüft werden.

Zu beachten ist, dass die neuen Regelungen des MoMiG für die Finanzierung von Unternehmenskäufen von Bedeutung sind,⁶³ wobei das Vermögen der Zielgesellschaft zur Besicherung von Akquisitionsdarlehen verwendet werden kann. So ist auch beim vorliegenden Sachverhalt zu erörtern, inwiefern sich die neuen Regelungen auf die Qualifizierung der Sicherheitenbestellung als eine verbotene Auszahlung auswirken.

2. Die Kreditsicherung und „das Recht des (eigenkapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehens“

Betriebswirtschaftlich wird die Finanzierung durch ein Gesellschafterdarlehen heute als „eine im Grundsatz durchaus sachgemäße und zweckmäßige Form der Unternehmensfinanzierung“ angesehen⁶⁴. Sie stellt jedoch eine überdurchschnittliche Insolvenzgefahr dar⁶⁵. Zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger ist der BGH in der Luft-Taxi-Entscheidung⁶⁶ erstmals davon ausgegangen, dass die zur Abwendung des Konkurses einer notleidenden Gesellschaft von den Gesellschaftern gewährten Darlehen wie haftendes Kapital dem Rückzahlungsverbot der §§ 30, 31 GmbHG unterliegen sollen. Diese Ansicht wurde nachträglich in anderen BGH-Entscheidungen vertreten⁶⁷. In der Novelle von 1980 hat der Gesetzgeber das eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in das GmbH-Gesetz (§§ 32a, b GmbHG a.F.) aufgenommen⁶⁸.

Anders als die Voraussetzungen der §§ 30, 31 GmbHG werden dabei allerdings selbstständige Tatbestände und Rechtsfolgen geschaffen. Danach sind eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen lediglich insofern wie Eigenkapital zu behandeln, wenn sie im Insolvenzverfahren der Gesellschaft gegenüber den Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger nachrangig sind. Sonstige Umqualifizierungen der Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital durch Vernichtung entgegenstehender Willenserklärungen im Rahmen der Gesellschaftsautonomie sind gesetzlich nicht

⁶³ Vgl. Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7, Rn. 110 ff.

⁶⁴ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 1, S. 448 f. m.w.N.

⁶⁵ Vgl. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 7, S. 450.

⁶⁶ BGHZ 31, 258, vgl. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 1, S. 448 f..

⁶⁷ Vgl. BGHZ 67, 171, 174; 69, 274, 75, 334; 76, 326; 82, 252; 81, 311; 81, 365; 90, 370; 106, 7; 107, 7, vgl. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 7, S. 450 fn. 3.

⁶⁸ Anschließend auch in anderer Rechtsordnungen, wie § 32a KO (nach 1999 vgl. § 135 InsO) und § 3b AnfG.

vorgesehen⁶⁹. Hinsichtlich dieses Ausgangspunkts weichen §§ 32a, b GmbHG i.V.m. § 135 InsO, § 3b AnfG von den in der Rechtsprechung entwickelten Regeln, die auf einer entsprechenden Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG beruhen, ab⁷⁰. Diese Abweichung führt zur Auseinandersetzung über das Verhältnis zwischen beiden Lösungen. Dazu gehen die h.M. im Schrifttum⁷¹ sowie die Rechtsprechung⁷² davon aus, dass die auf §§ 30, 31 GmbHG beruhenden Regeln trotz der neuen Vorschriften weiterhin Anwendung auf das eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen finden sollen.

Von besonderer Bedeutung ist für vorliegenden Sachverhalt, dass die Sicherheitenbestellung durch die Gesellschafter für Drittkredite an die Gesellschaft ausdrücklich in §§ 32a II III und 32b GmbHG a.F. geregelt war. Die sog. absteigende (Downstream) Kreditsicherung durch die Muttergesellschaft zugunsten einer Tochtergesellschaft ist ein typischer Fall dieser Vorschriften. Noch zu untersuchen ist allerdings, ob die Regeln der Rechtsprechung auch dabei anwendbar sein können. Darüber hinaus ist die Frage nach der Anwendbarkeit solcher Regeln im Aktienrecht beachtenswert. Dies soll im Folgenden unter dem Begriff „eigenkapitalersetzendes Aktionärsdarlehen“ ausführlich erörtert werden.

Darüber hinaus wurden die oben geschilderten Vorschriften im GmbHG, wie schon erwähnt, durch das MoMiG abgeschafft. So ist in vorliegender Arbeit weiter zu untersuchen, wie die absteigende Kreditsicherung nach den neuen Regelungen behandelt werden soll.

3. Die Kreditsicherung und die Gesellschafterpflichten

In vorliegendem Sachverhalt geht es um die Vermögenstransaktion der Gesellschaft, die durch ein Rechtsgeschäft, also durch ein Sicherungsgeschäft, erfolgt. Solche Geschäfte können entweder durch Entscheidungen auf Gesellschaftsverwaltungsebene oder durch Gesellschafterbeschlüsse bestimmt werden. Derartige Entscheidungen könnten bei der Verwaltung der Gesellschaft wiederum so getroffen werden, dass die Gesellschaftermehrheit durch Gesellschafterbeschluss die Mitglieder der Verwaltung angewiesen (vgl. §§ 37 Abs. 1, 45 Abs. 2 GmbHG) oder in sonstiger Weise

⁶⁹ Vgl. Wiedemann, GesR., § 10 IV 3, S. 568.

⁷⁰ Vgl. Raiser, Das Recht der Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 10, S. 451 f.

⁷¹ Ulmer, Geßler und K. Schmidt, in: Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, 65, 77, 79, 82; Geßler, ZIP 1981, 228, 232 f.; Lutter, DB 1980, 1317, 1321. S. Raiser, Das Recht der Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 11 m.w.N.

⁷² Grundsatzurteil, vgl. BGHZ 90, 370, s. Raiser, Das Recht der Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 11, S. 452. Zustimmung zu dessen Begründung im Schrifttum, s. eben da Fn. 6.

maßgeblich beeinflusst hat.⁷³ Dazu gehören alle gesellschaftlichen Angelegenheiten, wie z.B. die Finanzierungsangelegenheiten. Allerdings können die Gesellschafter bei Rechtsausübung solcher gesellschaftlichen Angelegenheiten nicht unbeschränkt handeln. Zu den Beschränkungen der Rechtsausübung durch Gesellschafter zählt vor allem die mitgliedschaftliche Treuepflicht.

Die mitgliedschaftliche Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und unter den Mitgesellschaftern ist trotz der Einwendungen⁷⁴ heute in der Kapitalgesellschaft nahezu allgemein anerkannt.⁷⁵ Mit der Einführung der gesellschaftlichen Treuepflicht wird in der Rechtsprechung und Literatur versucht, die Mehrheitsmacht zu kontrollieren, um das Gleichgewicht der Gesellschafter nicht wegen des in der Kapitalgesellschaft geltenden Mehrheitsprinzips zu beeinträchtigen.⁷⁶ Danach hat jeder Gesellschafter – insbesondere der Mehrheitsgesellschafter – bei Ausübung der Gesellschafterrechte vor allem die Interessen der Gesellschaft sowie die der anderen Mitgesellschafter zu berücksichtigen.⁷⁷ Dies gilt sowohl für Aktiengesellschaften als auch für Gesellschaften m.b.H.⁷⁸

Bei der gesellschaftlichen Treuepflicht handelt es sich um die spezielle Ausprägung von Treu und Glauben im Gesellschaftsrecht.⁷⁹ Nach der h.M. erfolgt die Treuepflicht allerdings nicht aus § 242 BGB⁸⁰ oder sonstigen Einzelnormen, sondern aus dem Gesellschaftsvertrag bzw. aus der Satzung der Gesellschaft.⁸¹ Die gesellschaftliche

⁷³ Vgl. Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 62.

⁷⁴ Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 II 3, S. 432 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 28 I 4, jeweils m.w.N. Vgl. auch Hüffer, AktG, § 53a Rn. 14.

⁷⁵ Vgl. BGHZ 14, 25, 38; K. Schmidt, GesR, § 20 IV 2, S. 590 ff. m.w.N.; § 28 I 4 m.w.N. Im GmbH-Recht, vgl. auch Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 50 m. Fn. 160 m.w.N. Jedoch bleibt die Begründung umstritten, vgl. K. Schmidt, GesR, § 20 IV 1 b) m.w.N. Im Aktienrecht, vgl. auch Hüffer, AktG, § 53a Rn. 14 m.w.N. der Gerichtspraxis. Treuepflicht des Aktionärs, vgl. auch Wiesner, in: MünchHdbAktG, § 17 Rn. 14 m.w.N. Anerkennung der Treuepflicht der Aktionäre von BGH, s. erst BGHZ 103, 183, vgl. Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 7. Aufl., Rn. 646. In diesem Urteil hat der BGH auf die „ITT“-Entscheidung (nur für GmbH) hingewiesen, vgl. Lutter, ZHR 153 (1989), 446, 463. Zur Entwicklung der gesellschaftlichen Treuepflicht, vgl. Thomas Jilg, Die Treuepflicht des Aktionärs, 1996, Frankfurt, S. 64 f.

⁷⁶ Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 I 2 a), S. 410, 413; vgl. auch Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, § 32 Rn. 646: Der BGH hat seit BGHZ 103, 183 die Treuepflicht der Aktionäre anerkannt, entscheidend BGHZ 65, 15 ff. „ITT“. (Treuepflicht in der GmbH vgl. BGHZ 65, 15, s. Wiedemann, GR, S. 425.) Für andere Gesellschaftsformen allerdings früher, vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 I 2 a), S. 412 m.w.N. Vgl. auch Hüffer, AktG, § 53a Rn. 17 m.w.N. Es wird auch von der Kontrolle der Einwirkungsmöglichkeiten der Gesellschafter gesprochen, vgl. Wiesner, MünchHdbAktG, § 17 Rn. 16.

⁷⁷ Wiedemann, GesR, § 2 I 1 b), S. 95 m.w.N.

⁷⁸ Vgl. K. Schmidt, GesR, § 16 II 4 c); Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 36 m.w.N.

⁷⁹ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 II 3, S. 431.

⁸⁰ Vgl. H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, Einl. Rn 8; Hüffer, AktG, § 53a Rn. 15; Emmerich, Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 36 m.w.N. Es wird auch vom eigenständigen Rechtsinstitut, das seinen Ursprung in § 242 BGB hat, gesprochen, vgl. Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 50, Rn. 51; K. Schmidt, GesR, § 20 IV 1 b), wo von Pflichten aus einer Sonderverbindung die Rede ist.

⁸¹ Vgl. Hüffer, AktG, § 53a Rn. 15 m.w.N. Vgl. auch Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 36 f.; Wiesner, MünchHdbAktG, § 17 Rn. 14 Fn. 32 m.w.N.

Treuepflicht hat eine Schrankenfunktion sowie eine Förderungsfunktion.⁸² Unter der Schrankenfunktion der Treuepflicht versteht man, dass jeder Gesellschafter, vor allem der herrschende Gesellschafter, bei der Rechtsausübung oder sonstiger Einflussnahme in der Gesellschaft auf die Interessen der Gesellschaft und die mitgliedschaftlichen Belange der übrigen Gesellschafter Rücksicht zu nehmen hat.⁸³ Die Förderungsfunktion beruht auf der Verweisung auf § 705 BGB, wobei die Gesellschafter zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verpflichtet sind.⁸⁴ Aus der Förderungsfunktion ergibt sich zunächst die Pflicht zum Tun⁸⁵ und ein Beurteilungskriterium für den Einzelfall. Mit der Schrankenfunktion sind alle schädigenden Maßnahmen verboten, und bei Verletzung des Verbotes wird eine Reihe von Rechtsfolgen ausgelöst. Darunter soll auch ein Anspruch auf Ausgleich seitens des benachteiligten Mitgeschafters fallen, der allerdings, so wie die positive Pflicht zum Tun, wenig mit dem Thema der vorliegenden Arbeit zu tun hat. Denn bei vorliegendem Sachverhalt geht es um die eventuellen Auswirkungen auf die von der Gesellschaft vorgenommenen Maßnahmen bzw. Rechtsgeschäfte nach draußen. Dies hat kaum mit solchem positiven Tun bzw. solcher Pflicht gegenüber der Gesellschaft selbst zu tun, so dass die Förderungsfunktion in vorliegender Arbeit irrelevant ist und in folgender Erörterung nicht weiter erwähnt wird.

In vorliegender Arbeit ist sodann zu prüfen, ob überhaupt und inwiefern eine Haftung wegen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bei der Kreditbesicherung durch die Gesellschaft ausgelöst werden kann⁸⁶, etwa wegen der Beschädigung der Vermögensbelange der Gesellschaft bzw. der übrigen Mitgeschafter. Dabei steht die Frage im Vordergrund, unter welchen Voraussetzungen verdeckte Gewinnausschüttungen bzw. Sicherungsgeschäfte der Gesellschaft eine Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht darstellen können.

⁸² Vgl. Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 54 ff., 59 ff.; Lutter, ZHR 162 (1998), 166 f., 177. Im Schrifttum wird auch von einer rechtsbeschränkten und pflichtenbegründenden Funktion gesprochen, vgl. Albrecht Nehls, Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Aktienrecht, 1993, Hamburg, S. 4, 88. Nach BGH-Entscheidung beschränkt sich die Förderungspflicht der Aktionäre grundsätzlich auf die Einlagenleistung, BGH WM 1995, 882, 886, s. Tomas Jilg, Die Treuepflicht des Aktionärs, 1996, Frankfurt, S. 64; Albrecht Nehls, Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Aktienrecht, 1993 Hamburg, S. 4, jeweils m.w.N.

⁸³ Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 II 3, S. 431.; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 37; Lutter, ZHR 162 (1998), 164 ff.; hier sind noch die Geschäftsführungsangelegenheiten, sonstige Gesellschaftsangelegenheiten und Angelegenheiten zwischen den Gesellschaftern zu unterscheiden, vgl. auch Winter, Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 56 ff.

⁸⁴ Vgl. Lutter, ZHR 162 (1998), 166 m. Fn. 18.

⁸⁵ Lutter, ZHR 162 (1998), 167.

⁸⁶ Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 29 Rn. 102 m.w.N.

§ 5. Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft entgegen § 57 AktG

Die oben genannten Regelungen beziehen sich einerseits darauf, dass das in der Satzung ausgewiesene Garantievermögen außerhalb einer formellen Kapitalherabsetzung oder im Verlauf der Liquidation nicht an die Gesellschafter zurückgezahlt wird, andererseits weisen sie darauf hin, dass die Gewinne der Gesellschaft nur ordnungsgemäß an die Gesellschafter verteilt werden dürfen. In der Praxis sind jedoch die Fälle, in denen ein Vermögenswert durch ein Verkehrsgeschäft von der Gesellschaft an die Gesellschafter zugewandt wird, häufiger als offene Verstöße gegen die Kapitalerhaltungs- bzw. Gewinnverteilungsregelungen.⁸⁷ Hier wird von den sog. „verdeckten Gewinnausschüttungen“ gesprochen.

Der in vorliegender Arbeit zu behandelnde Sachverhalt, nämlich die Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft zugunsten eines Gesellschafters entspricht der typischen verdeckten Gewinnausschüttung nicht ganz, weil dabei in der Regel die Rechtsgeschäfte mit einem Drittdarlehensgeber erfolgen, während es sich bei der typischen verdeckten Gewinnausschüttung um Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern handelt. Im Schrifttum wie in der Rechtsprechung werden die Tatbestände so wie die Rechtsfolgen der verdeckten Gewinnausschüttung in Bezug auf die Regelungen der Kapitalerhaltung und der Kompetenzverteilung innerhalb der Gesellschaft erörtert. Systematisch ist dieser Begriff in der Literatur häufig unter den Kapitalerhaltungsregelungen eingeordnet. Jedoch könnten dabei auch andere gesellschaftsrechtliche Regelungen⁸⁸, insbesondere die Anwendbarkeit der Treuepflichts- wie auch Kompetenzverletzung, einbezogen werden, wenn ein Gesellschafter dadurch eindeutig bevorzugt wird. Deshalb soll der Begriff „verdeckte Gewinnausschüttung“ im Folgenden als Oberbegriff zur Erörterung der Sicherheitgeschäfte der Gesellschaft zugunsten des Gesellschafters begriffen werden und nach den jeweiligen anwendbaren Regelungen erörtert werden.

I. Der Verbotstatbestand des § 57 AktG

Das Kapitalerhaltungsrecht umfasst jede Ausschüttung aus dem gebundenen Vermögen der AG, die einen Aktionär als Empfänger der Auszahlung begünstigt, wobei zur Ermittlung der verbotenen Ausschüttung die maßgebliche Änderung durch das MoMiG zu beachten ist.

⁸⁷ Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 11.

⁸⁸ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 29 II 2.

1. Ausschüttung von Vermögenswerten aus gebundenem Vermögen

Im Vergleich zum GmbH-Recht sind die Kapitalerhaltungsvorschriften im Aktienrecht viel strenger. Das Rückgewährsverbot i.S.d. §§ 57 ff. AktG erfasst nicht nur das durch Einlagen der Aktionäre gebildete Grundkapital, sondern das gesamte Vermögen der Gesellschaft⁸⁹ (Stichwort: „das gebundene Vermögen“), das den Gesellschaftsgläubigern für die Befriedigung ihrer Ansprüche als Haftungsvermögen⁹⁰ zur Verfügung stehen soll. Das gebundene Vermögen kann durch Eigenkapital, etwa durch die Einlagen der Aktionäre aufgrund der Ausgabe der Aktien, oder durch Fremdkapital, z.B. durch die Aufnahme eines Darlehens, sogar durch die Gewinne aus Umsatzgeschäften oder den Eingang auf Ziel gelieferter Ware gebildet werden⁹¹. Dazu zählen alle Zahlungsmittel, Rechte, Forderungen und Beteiligungen sowie Sachgüter der Gesellschaft, also die Gesamtheit aller Vermögensgegenstände und Rechte.

Zum Schutz der Gläubiger darf diese Haftungsmasse nicht an die Aktionäre zurückgewährt werden, abgesehen von den Leistungen aufgrund eines regulären Drittgeschäfts, Dividenden, Dividendenabschlägen oder sonstigen zulässigen Leistungen aus dem mitgliedschaftlichen Bereich⁹². Zuwendungen oder Belastungen von Vermögenswerten aus gebundenem Vermögen der Gesellschaft an einen Aktionär sind in jeder Form, wie z.B. Gratifikationen, Boni oder die Leistung von Dividenden ebenso wie eine Kurs- oder Dividendengarantie⁹³, nach § 57 Abs. 1 AktG unzulässig⁹⁴. So fällt auch eine Leistung aus den Aktiva, der freie Rücklagen gegenüberstehen⁹⁵, unter das Verbot der Rückgewähr. Es kommt hier nicht darauf an, wie die einzelnen Vermögensgegenstände bei ihrer Anschaffung finanziert worden sind.

Darüber hinaus könnten auch die Leistungen durch einen Dritten an einen Aktionär unter das Rückgewährsverbot fallen, soweit der Dritte nach der Weisung oder für Rechnung der Gesellschaft leistet.⁹⁶ Dies gilt auch für Leistungen eines von der

⁸⁹ Vgl. Hüffer, AktG, § 57 Rn. 3; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 215 m.w.N.; K. Schmidt, GesR § 29 II 2a; Lutter, KölnKommAktG § 57 Rn. 2, 5 ff.; Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 4 ff.; Wiesner, in: MünchHdbAktien, § 16 Rn. 34. Im Schrifttum wird das gebundene Vermögen auch als „haftende Vermögensmasse“ bezeichnet, vgl. K. Schmidt, GesR., § 18, II 2, S. 515, § 29 II 2; Bitz, Finanzdienstleistungen, 3. Aufl., S. 11.

⁹⁰ Dieses wird deshalb im Schrifttum als „haftendes Kapital“ bezeichnet, vgl. Wilhelm, ZHR 159 (1995), 459.

⁹¹ Vgl. Bitz, Finanzdienstleistungen, S. 11, 202 f.

⁹² Vgl. Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57, Rn. 52 ff.

⁹³ Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 10; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 19, I, S. 215 f.; Wiesner, MünGesR., 4. Band, § 16, Rn. 35.

⁹⁴ Lutter, in: KölnKommAktG, § 57, Rn. 8; vgl. auch Wiesner, in: MünchHdbAktien, § 16 Rn. 35; Merkel, in: Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, S. 529, 552; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 215.

⁹⁵ Vgl. Hüffer, AktG, § 57 Rn. 3 m.w.N.

⁹⁶ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 217; Wiesner, in: MünchHdbAktien, § 16 Rn. 39

Aktiengesellschaft abhängigen oder in ihrem Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens an einen Aktionär, wenn dadurch das Vermögen der Aktiengesellschaft zumindest mittelbar beeinträchtigt wird.⁹⁷

2. Der Aktionär oder ein ihm nahestehender Dritter als Ausschüttungsempfänger

Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung richtet sich die subjektive Reichweite des Verbotstatbestands des § 57 Abs. 1 AktG lediglich auf die Aktionäre als Ausschüttungsempfänger. Der BGH und die h.M. im Schrifttum gehen jedoch davon aus, dass sich das Rückgewährsverbot auch auf einen dem Aktionär nahestehenden Dritten⁹⁸ beziehen kann. Demzufolge können Leistungen, z.B. an die Ehegatten oder minderjährigen Kinder des Aktionärs⁹⁹, an den Treugeber des Aktionärs¹⁰⁰ oder an einen Strohmann des Aktionärs, der auf dessen Rechnung handelt,¹⁰¹ eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen. Für vorliegende Arbeit von besonderer Bedeutung und allgemein anerkannt ist, dass auch ein verbundenes Unternehmen des Aktionärs eine dem Aktionär nahestehende Person darstellen kann.¹⁰² Dabei ist allerdings die Binnenstruktur des Konzerns zu beachten¹⁰³.

3. Die Ausnahmetatbestände nach Neuregelung durch das MoMiG

Nach der Neuregelung in § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG wird die Kapitalbindung aufgehoben, soweit die Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungs-Rückgewährungsanspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist oder wenn ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht. Führt eine AG z.B. im

m.w.N.; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 13; Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 31.

⁹⁷ Wiesner, in: MünchHdbAktien, § 16 Rn. 39; Baumbach/Hueck, AktG § 57, Rn. 6; Hefermehl/Bungeroth, AktG § 57, Rn. 32; Lutter, in: KölnKommAktG § 57, Rn. 15, 38; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 13.

⁹⁸ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 29 II 2 m.w.N.; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 15; BGH WM 1957, 61; Barz, in: GrossKommAktG, § 57 Rn. 4 aE; Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 27; Döllerer, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlage, S. 46 ff., 108 f.

⁹⁹ Wiesner, MünGesR, 4. Band, § 16 Rn. 38 m.w.N.; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 15; Canaris, FS Fischer, 1979, S. 31, 39 ff.

¹⁰⁰ Hierbei handelt es sich um Leistungen an den Dritten, für deren Rechnung ein Aktionär die Aktien hält, vgl. Wiesner, MünGesR, 4. Band, § 16 Rn. 38. Vgl. auch Hüffer, AktG, § 57 Rn. 15; BGHZ 31, 258, 266 = NJW 1960, 285 zur GmbH; BGHZ 107, 7, 12 = NJW 1989, 1800 (Tiefbau).

¹⁰¹ Vgl. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaftsrecht, S. 217; Wiesner, MünchHdbAktien, § 16 Rn. 38; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 15; darunter fallen sogar schon die Leistungen der AG an Dritte auf Veranlassung eines Aktionärs, vgl. Wiesner, in: MünchHdbAktien, § 16 Rn. 38.

¹⁰² Vgl. Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 74, § 62 Rn. 14, 21 f.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaftsrecht, S. 217 m.w.N.

¹⁰³ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaftsrecht, S. 218 m.w.N.

Rahmen des Cash-Pools Liquidität an die Mutter ab, so ist dies seit dem MoMiG¹⁰⁴ als ein bilanzieller neutraler Aktivtausch und nicht mehr als eine verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen zu werten,¹⁰⁵ soweit der Rückgewähranspruch aus dem Kreditgeschäft vollwertig ist. Dogmatisch ist dieser Befreiungstatbestand als ein Ausnahmetatbestand einzuordnen.¹⁰⁶ Durch die Lockerung der Kapitalbindung unter der Neuregelung wird vor allem das wirtschaftlich sinnvolle Cash-Pooling rechtlich abgesichert, wobei die Vorstände ständig beurteilen müssen, ob der Gesellschafter liquide genug ist, die empfangenen Leistungen nach Fälligkeit wieder an die Gesellschaft zurückzuzahlen.

II. Die Anwendbarkeit der §§ 57, 62 AktG auf verdeckte Gewinnausschüttungen

In der Literatur wird bei der verdeckten die Gewinnausschüttung in erster Linie auf die Regelungen der Kapitalerhaltung abgestellt, wobei jedoch darüber hinausgehende Merkmale herausgestellt werden. An dieser Stelle ist deshalb zu untersuchen, inwiefern die §§ 57 ff. AktG auf die verdeckte Gewinnausschüttung Anwendung finden können.

1. Das Rückgewährsverbot des § 57 Abs. 1 AktG und verdeckte Gewinnausschüttungen

Bei der verdeckten Gewinnausschüttung handelt es sich nicht um eine einseitige Vermögenszuwendung, sondern um ein gegenseitiges Rechtsgeschäft zwischen der AG und dem Aktionär, durch das Vermögenswerte von der Gesellschaft an den Aktionär zugewandt werden. Im positiven Aktienrecht gelten dafür zwar keine ausdrücklichen Vorschriften. Neben der Anwendung auf die offene Ausschüttung ist die Anwendbarkeit der §§ 57 ff. AktG auf die verdeckte Gewinnausschüttung in der Literatur sowie in der Rechtsprechung allgemein bejaht.¹⁰⁷ Die verdeckte Gewinnausschüttung wird sogar als Hauptanwendungsgebiet der §§ 57 ff. AktG verstanden, da „ein Verstoß gegen die Regeln bei offenen Ausschüttungen praktisch

¹⁰⁴ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl I 2008, BGBl. Jahrgang 2008 I Seite 2026.

¹⁰⁵ Kindler, NJW 2008, 3249, 3253.

¹⁰⁶ Altmeppen, NZG 2010, 401, 401 m.w.N.

¹⁰⁷ Vgl. Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 30; K. Schmidt, GesR, § 29 II 2a; Heferhehl/Bungeroth, AktG, § 57, Rn. 9, 11; Wiedemann, GesR, Band I, § 8 III 1 a), S. 440 f.; Luttter, AktG, § 57 Rn. 15 ff, jeweils m.w.N.; a.M. Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 316. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 216.

nicht vorkommt“.¹⁰⁸ Umstritten bleibt jedoch, ob weiterhin eine zusätzliche Voraussetzung erforderlich ist.

2. Sondertatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung?

a) Definition und Tatbestand in der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung dann vor, wenn die Verwaltung der AG bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters das Geschäft, das der Vermögenszuwendung unterliegt, mit einem gesellschaftsfremden Dritten nicht geschlossen hätte¹⁰⁹. Der BGH ist in einer Entscheidung zur GmbH dem Leitbild der BFH-Rechtsprechung gefolgt und davon ausgegangen, dass ein Gesellschaftergeschäft einem Drittgeschäft gleichstehen soll, wenn ein ordentlicher, gewissenhafter und nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsleiter das Geschäft unter sonst gleichen Umständen zu gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtaktionär abgeschlossen hätte.¹¹⁰ Hierbei wird betont, dass ein Umsatzgeschäft durch „betriebliche Gründe“ gerechtfertigt werden kann.¹¹¹ Zur Konkretisierung dieser formelhaften Überlegung wird ein Kriterium zur Abgrenzung der verdeckten Gewinnausschüttung von dem „Drittgeschäft“ nach Abwägung der Leistung und Gegenleistung des betroffenen Rechtsgeschäfts aufgehoben.¹¹²

b) Definition und Tatbestand im Schrifttum

*Wiedemann*¹¹³ hat die tatbeständlichen Voraussetzungen der verdeckten Gewinnausschüttung im Einzelnen dargelegt: 1) Eine Verlagerung von Gesellschaftsvermögen; 2) Zufluss des Vermögensvorteils an das Vermögen des Gesellschafters; 3) Gesellschaftsverhältnis als *causa* der Vermögensverlagerung; 4)

¹⁰⁸ Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 10; Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, S. 180.

¹⁰⁹ Vgl. Wiedemann, GesR., § 8 III 1 a), S. 441; Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rdn. 15ff., 21; K. Schmidt, GesR., § 29 II 2 a); WiedemannI, § 8 III 1 a; Ebenroth, Die verdeckten Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, 1979, S. 325; jeweils m.w.N. A.A. s. Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 14.

¹¹⁰ BGH DB 1987, 573 (zur GmbH). = ZIP 1987, 575 = NJW 1987, 1194 = WM 1987, 348; BGH NJW 1996, 589; K. Schmidt, GesR., § 37 III 1 c), S. 1131; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 216.

¹¹¹ Grunewald, GesR., 2 .C. Rn. 153; Lutter, FS Stiefel, S. 528 m.w.N.; Wiesner, in: MünchHdbAktien, § 16 Rn. 35.

¹¹² BGH DB 1987, 573 = WM 1987, 348, 349; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 19, Rn. 3, S. 216; Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, S. 181 m.w.N.

¹¹³ Wiedemann, GesR., § 8 III 1a), S. 440 f.

Kein gesellschaftsrechtlicher Rechtsfertigungsgrund¹¹⁴. Dies stimmt mit dem oben geschilderten Verbotstatbestand des § 57 I S. 1 AktG nicht überein. Es geht bei dem gesellschaftsrechtlichen Rechtsfertigungsgrund um die Pflichten der Gesellschafter oder die Kompetenzverteilung innerhalb der Gesellschaft. Ob das Vorliegen eines solchen Rechtsfertigungsgrunds die Unzulässigkeit der verdeckten Gewinnausschüttung heilen kann, ist umstritten und wird unten ausführlich erörtert. Auffällig ist an dieser Stelle stets die Betonung des Gesellschaftsverhältnisses, wonach für die verdeckte Gewinnausschüttung erforderlich ist, dass die Leistung *causa societatis* erbracht wird. Nach Ansicht *Wiedemanns* setzt dies voraus, dass die Verwaltung der Gesellschaft solch einen Vertrag mit einem Dritten nicht abgeschlossen hätte¹¹⁵. Diese Ansicht entspricht der Überlegung der Rechtsprechung und soll sich der objektiven Abwägung von Leistung und Gegenleistung annähern. In der Literatur wird jedoch darüber hinausgehend heftig über die Erfordernis subjektiver Elemente diskutiert. Die Klarstellung des Merkmals *causa societatis* ist für die hier vorgestellte Frage, ob die verdeckte Gewinnausschüttung andere tatbestandliche Voraussetzungen als das Rückgewährsverbot hat, hilfreich.

aa) Objektiver Tatbestand:

Wie in der Rechtsprechung ist hierbei auch in der Literatur vom „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführer“, „Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung“ oder vom „betrieblichen Rechtsfertigungsgrund“ die Rede¹¹⁶. In der Literatur allgemein anerkannt ist zunächst nach einem objektiven Kriterium festzustellen, ob ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung besteht¹¹⁷. Zur Konkretisierung dieser Voraussetzung wird vorgeschlagen, dies im Einzelfall an einem eventuellen vergleichbaren Marktpreis zu ermessen¹¹⁸. Dabei sind noch Art und Struktur des konkreten Geschäfts und seine allgemeinen Mechanismen der Preisbildung zu berücksichtigen¹¹⁹. Die nicht marktüblichen Rechtsgeschäfte zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär sind nur in besonders begründeten Ausnahmefällen denkbar.¹²⁰

¹¹⁴ Es bezieht sich dabei z.B. auf den Gleichbehandlungsgrundsatz oder die Zustimmung der Mitgesellschafter, s. *Wiedemann*, *GesR.*, § 8 III 1a), S. 440 f.

¹¹⁵ *Wiedemann*, *GesR.*, § 8 III 1a), S. 441; vgl. auch *Bayer*, in: *MünchKommAktG*, § 57 Rn. 31 ff.

¹¹⁶ Statt vieler vgl. *Lutter*, *FS Stiefel*, S. 528 m.w.N.

¹¹⁷ Vgl. *Bayer*, in: *MünchKommAktG*, § 57 Rn. 37; *Lutter*, in: *KölnKommAktG*, § 57 Rn. 15 ff.; *ders.*, *FS Stiefel*, S. 528 f.; *Hüffer*, *AktG*, § 57 Rn. 8.

¹¹⁸ Vgl. *Bayer*, in: *MünchKommAktG*, § 57 Rn. 32 f., 38; *Lutter*, in: *KölnKommAktG*, § 57 Rn. 17 ff.; *ders.*, *FS Stiefel*, S. 528 f.; *Hüffer*, *AktG*, § 57 Rn. 9; *Ullrich*, *Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten*, S. 181.

¹¹⁹ *Lutter*, in: *KölnKommAktG*, § 57 Rn. 20.

¹²⁰ *Bayer*, in: *MünchKommAktG*, § 57 Rn. 42.

bb) Subjektive Elemente?

Viel diskutiert ist auch, ob neben diesen objektiven Kriterien auch subjektive Elemente für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung erforderlich sind. Die Formulierung des „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ in der BFH-Entscheidung weist auf eine subjektive Voraussetzung hin. Im Schrifttum findet sich jedoch keine Übereinstimmung, ob die *causa societatis* im subjektiven Sinn hierfür erforderlich ist. Die h.M. hält das Vorliegen eines objektiven Missverhältnisses der Leistungen zur Festlegung der verdeckten Gewinnausschüttung für ausreichend¹²¹ und eine Leistung *causa societatis* im subjektiven Sinn ist nicht erforderlich¹²². Dieser Meinung ist zu folgen. Denn die Ansicht für eine subjektive Voraussetzung greift auf die Formel der Rechtsprechung zurück, die auf den Kapitalerhaltungsregelungen beruht, wobei es nicht auf eine subjektive Voraussetzung ankommt¹²³.

c) Stellungnahme

Aus oben Geschildertem ergibt sich, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung schon unter die §§ 57 ff. AktG fallen soll, wenn der im Gesetz vorgeschriebene Tatbestand gegeben ist, ohne weitere Voraussetzungen zu erfüllen. In der Literatur wird zwar stets das Merkmal *causa societatis* hervorgehoben. Es bezieht sich jedoch lediglich auf die objektive Abwägung von Leistung und Gegenleistung und soll keinen subjektiven Sinn haben. Insofern ist es nichts anderes als eine Überlegung in der Rechtsprechung. Die Gesellschafterstellung des Vertragspartners wird auch in der Rechtsprechung hervorgehoben. Sie ist jedoch im Einzelfall durch Feststellung des Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung zu konkretisieren. Dies entspricht gerade dem Tatbestand des Rückgewährverbots i.S.d. § 57 I S. 1 AktG. Eine Vermögensverlagerung im Fall der verdeckten Gewinnausschüttung kann nur stattfinden, wenn Vermögenswerte durch Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung entstanden sind. Lässt sich aus dem Vergleich der Leistung und Gegenleistung keine Differenz ermitteln, kann man sich kaum noch vorstellen, dass ein Vermögensvorteil aus dem Vermögen der AG an den Aktionär zugewandt werden kann.

¹²¹ Vor allem im GmbH-Recht, vgl. Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 26; Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, S. 180 f.; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 10; jeweils m.w.N.

¹²² Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 44 f. m.w.N.; Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, S. 180 f. m.w.N.; Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 27; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 11.

¹²³ Vgl. auch Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 27; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 11.

Darüber hinaus werden in der Literatur sowie der Rechtsprechung Rechtsfolgen im Fall der verdeckten Gewinnausschüttung wie die aus den Regelungen der Vermögensbindung herangezogen. Dafür genügt die Erfüllung des Verbotstatbestands von § 57 I S. 1 AktG. Jede weitere tatbestandliche Voraussetzung ist daher überflüssig.

III. Rechtsfolge

Wie oben erwähnt, sollen die verdeckte Gewinnausschüttung wie die offene Vermögenszuwendung unter das Verbot der Einlagenrückgewähr gem. §§ 57 f. AktG fallen¹²⁴. Die Verletzung dieser Kapitalerhaltungspflicht führt zu einer Pflicht von Rückerstattung bzw. Schadensersatz nach § 62 AktG. Im Gesetz ausdrücklich verboten ist lediglich die Ausschüttung von Vermögenswerten. Fraglich ist jedoch, ob die AG die versprochene Leistung verweigern kann, bevor sie tatsächlich erbracht worden ist. Darüber hinaus stellt sich noch die Frage, ob § 57 Abs. 1 S. 1 AktG auch ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB darstellt und damit das betroffene Rechtsgeschäft unwirksam wird.

1. Rückerstattungs- bzw. Ausgleichspflicht des Leistungsempfängers

Nach § 62 Abs. 1 S. 1 AktG ist die Leistung, die gegen § 57 AktG verstößt, an die Gesellschaft zurückzugewähren. Der Inhalt der Zurückgewährungspflicht ist nicht nach Wortlaut der Vorschrift, sondern dem Sinn und Zweck der Kapitalerhaltung entsprechend auszulegen¹²⁵. Das bedeutet, dass die Rückerstattungspflicht sich nur auf einen rechnerischen Vermögensausgleich bzw. auf „eine Wiederherstellung der rechtmäßigen Vermögenssituation“ bezieht und es dabei keinesfalls auf Rückgabe bestimmter Vermögensgegenstände ankommt¹²⁶. Dies könnte durch Zahlung der Differenz oder Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts erfolgen¹²⁷.

2. Leistungsverweigerungsrecht der AG

Wurde eine verbotene Ausschüttung zwar versprochen, aber noch nicht erfüllt, steht

¹²⁴ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 216.

¹²⁵ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 29 II 2b.

¹²⁶ K. Schmidt, GesR., § 29 II 2b. m.w.N.

¹²⁷ K. Schmidt, GesR., § 29 II 2b.

nach h.M. der AG ein Recht zu, die Durchführung des Ausschüttungsversprechens zu verweigern¹²⁸. Dies ergibt sich jedoch nicht aus § 62 AktG, sondern aus § 57 AktG¹²⁹.

3. Nichtigkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts?

a) Meinungen für die Nichtigkeit

Wie oben erwähnt, verbietet § 57 Abs. 1 S. 1 AktG Zuwendungen von Vermögenswerten in jeder Form. In der Literatur gehen die Meinungen auseinander, ob diese Vorschrift ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB darstellt und damit zur Nichtigkeit des der Vermögenszuwendung zugrunde liegenden Grundgeschäfts oder sogar des Erfüllungsgeschäfts führen kann.

In der herkömmlichen Praxis und Lehre wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass das Rückgewährsverbot i.S.d. § 57 AktG ein gesetzliches Verbot des § 134 BGB darstellt¹³⁰, wobei es noch Meinungsunterschiede darüber gibt, ob dies nur zur Nichtigkeit des der verbotenen Zuwendung zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts¹³¹ oder auch des Erfüllungsgeschäfts führt¹³². Diesbezüglich wird noch die Frage aufgeworfen, ob die gesellschaftsrechtlichen Regelungen das Bereicherungsrecht bzw. die sachenrechtliche Grundlage im Fall der Verletzung des Rückgewährsverbots verdrängen können.

Die h.M. geht davon aus, dass eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts trotz der Bejahung des § 134 BGB von der gesellschaftsrechtlichen lex specialis des § 62 AktG verdrängt wird.¹³³ Demzufolge steht der AG lediglich ein

¹²⁸ Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 65; Flume, ZHR 144 (1980), 18, 23; K. Schmidt, GesR., § 29 II 2b.

¹²⁹ K. Schmidt, GesR., § 29 II 2b.

¹³⁰ Vgl. Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 377; Bayer MünchKommAktG, 3. Aufl., 2008, § 57 Rn. 154 m.w.N.; Wiedemann, GesR I, § 8 III 1 a), eben da § 10 IV 2, S. 563 m.w.N.; Sonnenhol/Stützle, WM 1983, 2, 5 f.; Hüffer, AktG, § 57 Rdn. 23; Fabritius, ZHR 144 (1980), 639; K. Schmidt, GesR., § 29 II 2b; Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rdn. 71 ff m.w.N.; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaft, S. 218; Joost, ZHR 149 (1985), 419, 421, 436 m.w.N.; Bommert, Verdeckte Vermögensverlagerung im Aktienrecht, 1989, 83 ff., 111 ff. m.w.N.; Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, S. 181.; Ebenroth, Die verdeckten Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, 1979, S. 324 f.; Wiedemann, GesR., S. 563; Geßler, FS Fischer, S. 137 ff.

¹³¹ Meinungsstände s. K. Schmidt, GesR., § 29 II 2b. Spezial im Fall der verdeckten Vermögensverlagerung spricht Lutter gegen die Nichtigkeit des dinglichen Geschäft, s. ders., in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 69 f. im Ergebnis ebenso Flume, ZHR 144 (1980), 18, 24 f.

¹³² H.M., vgl. Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, S. 181 m.w.N.

¹³³ Vgl. Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 377; K. Schmidt, GesR., § 29 II 2b; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaft, S. 219. Dies gilt auch bei Annahme der Wirksamkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts, vgl. Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 62 f., § 62,

Anspruch auf Ausgleich der durch die Rückgewähr entstehenden Vermögensschmälerung zu und keinesfalls eine dingliche Herausgabe der zurückgewährten Leistung durch Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts nach § 812 BGB.¹³⁴ Die Anwendung des Bereicherungsrechts ist in der Literatur nahezu ausgeschlossen.¹³⁵

b) Meinungen gegen die Nichtigkeit

Nach anderer Ansicht geht man davon aus, dass § 57 Abs. 1 AktG eine rein wertmäßige Bindung des Gesellschaftsvermögens¹³⁶ ist und deshalb nicht das Rechtsgeschäft, dem die Vermögenszuwendung zugrunde liegt, sondern die Kapital- bzw. Vermögensschmälerung verbietet. Diese Vorschrift stellt kein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB dar¹³⁷. Eine Nichtigkeit der Zuwendungsgeschäfte geht über die Schutzzone des § 57 AktG hinaus¹³⁸ und kommt deshalb nicht in Betracht. Zum Schutz des Garantiekapitals genügt ein Ausgleichsanspruch der AG aus § 62 AktG. Wird das Geschäft noch nicht durchgeführt, steht dann der AG ein Verweigerungsrecht zu¹³⁹, und nach Durchführung des Rechtsgeschäfts verpflichtet sich der Empfänger dazu, die gestörte Vermögenssituation der Gesellschaft wieder herzustellen¹⁴⁰. Dies macht eine Abwicklung des Rechtsgeschäfts nach § 812 BGB überflüssig und verfehlt¹⁴¹.

c) Stellungnahme

Rn. 4 m.w.N.

¹³⁴ Wiedemann spricht für eine analoge Anwendung des § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG und geht davon aus, dass aus § 62 AktG neben der schuldrechtlichen Rückgewähr auch ein Anspruch auf die dingliche Herausgabe entsteht, obwohl sich die Vermögensbindung nicht auf einzelne Vermögensgüter, sondern auf einen bestimmten Kapitalwert bezieht. Damit wird das Garantiekapital durch den Anspruch auf dingliche Herausgabe im Konkurs besser gesichert als durch die obligatorische Ausgleichsforderung, s. Wiedemann, GesR I, § 8 III 1 a), S. 442; § 10 IV 2, S. 563.

¹³⁵ Ausnahmsweise spricht Kübler für die Anwendbarkeit von §§ 812 ff. sowie 985 ff. BGB, s. ders., Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., § 15 II 4 b), S. 181 f.

¹³⁶ Joost, ZHR 149 (1985), 426, 435.

¹³⁷ K. Schmidt, GesR, § 29 II 2 b), S. 898 ff. m.w.N. Ausnahmsweise findet nach der Meinung K. Schmidts das Bereicherungsrecht Anwendung, „wenn das Geschäft darauf gerichtet ist, die rechtliche Ausschüttungssperre zu beseitigen“, s. ders., eben da.

¹³⁸ K. Schmidt, GesR, § 29 II 2 b), S. 898 ff.; Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn.162 ff.

¹³⁹ Ein Anspruch des Aktionärs auf Erfüllung der versprochenen Zuwendung ist trotz der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen, vgl. K. Schmidt, GesR, § 29 II 2 b), S. 898 ff.

¹⁴⁰ Eine Rückabwicklung des Verkehrsgeschäfts könnte ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn der Empfänger den Ausgleich verweigert. In diesem Fall kann die rechtmäßige Vermögenssituation nach § 62 AktG auch durch Rückabwicklung des Verkehrsgeschäfts hergestellt werden, s. K. Schmidt, GesR., § 29 II 2b.

¹⁴¹ K. Schmidt, GesR., § 29 II 2 b) aa) m.w.N.

Die Anwendung des § 812 bzw. § 985 BGB ist nach den Meinungen in der Literatur, sei es die Verneinung der Qualifizierung des § 57 Abs. 1 AktG als gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB, oder sei es die Verdrängung des Bereicherungsrechts durch Anerkennung des § 62 AktG als *lex specialis*, ausgeschlossen. Ein Rückabwicklungsrecht gem. § 812 BGB bzw. ein Anspruch auf Herausgabe der erbrachten Leistung gem. § 985 BGB steht der AG nur zu, wenn man das Rückgewährsverbot i.S.d. § 57 Abs. 1 AktG als gesetzliches Verbot des § 134 BGB ansieht und § 62 AktG als eine verstärkte Bestätigung solcher Ansprüche annimmt. Dies kann jedoch nicht der Fall sein. Dazu ist der Ansicht von *K. Schmidt* zu folgen, wobei der Zweck des Gesetzschutzes darin liegt, dass das Vermögen der AG als Haftungsmasse gegenüber den Schulden der Gesellschaft nicht durch Rückgewähr an die Aktionäre geschmälert oder aufgebraucht werden kann. Dem genügt die Pflicht zur Wiederherstellung des Vermögensstandes der AG nach § 62 AktG. Eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts geht über diesen Schutz hinaus. Nach § 134 BGB kann eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bei Verstoß gegen das gesetzliche Verbot nur folgen, wenn das Verbotsgesetz nichts anders vorschreibt.¹⁴² § 57 Abs. 1 AktG könnte zwar ein Verbotsgesetz darstellen, § 62 AktG hat jedoch bei Verletzung dieses Verbots eine Sonderrechtsfolge als Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vorgeschrieben. Deshalb kommt die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht in Betracht und die Anwendbarkeit von § 812 bzw. § 985 BGB ist ausgeschlossen. Im Ergebnis entspricht dies auch der h.M.

IV. Kreditsicherung durch die Gesellschaft und verbotene Rückgewähr i.S.d. §§ 57 ff. AktG

Anders als bei der unmittelbaren „verdeckten Gewinnausschüttung“, die auf einem zwischen der AG und dem Aktionär abgeschlossenen Rechtsgeschäft beruht, geht es bei der Kreditsicherung durch die Gesellschaft um die Rechtsgeschäfte mit einem Drittkreditgeber. Nach oben Geschildertem ist zur Ermittlung, ob die Sicherheitenbestellung eine verbotene Einlagenrückgewähr i.S.d. § 57 AktG darstellt, zunächst festzustellen, ob dabei ein Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch besteht. Wird diese Frage bejaht, finden §§ 57, 62 AktG nach § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG dann keine Anwendung auf die Sicherheitenbestellung. Besteht kein solcher Anspruch, dann ist weiter zu prüfen, ob die sonstigen tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen.

¹⁴² Vgl. Mayer-Maly/Armbrüster, in: MünchKommBGB, § 134 Rn. 103 m.w.N.

1. Die Qualifizierung der Kreditsicherung als verbotene Rückgewähr i.S.d. §§ 57 ff. AktG

a) Beschädigung des gebundenen Vermögens durch die Sicherheitenbestellung

aa) Schutzgegenstand von § 57 AktG

Bei § 57 AktG handelt es sich um eine Vermögensausschüttung aus dem gebundenen Vermögen der AG. Dies dient vor allem dem Gläubigerschutz und versucht, Schädigungen der Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu vermeiden. Die Interessen der Gläubiger liegen darin, dass das Haftungsvermögen der AG nicht ungerechtfertigt beeinträchtigt wird, so dass die Befriedigung ihrer Ansprüche nicht gefährdet wird. Insofern ist jede Leistung nach § 57 AktG unzulässig, wenn dadurch das gebundene Vermögen der AG wertmäßig beeinträchtigt wird.¹⁴³ Davon werden nicht nur die einzelnen Gegenstände, sondern auch der Wert des Vermögens der AG umfasst.¹⁴⁴ Demzufolge zählen alle Zahlungsmittel, Rechte, Forderungen und Beteiligungen sowie Sachgüter der Gesellschaft, also die Gesamtheit aller Vermögensgegenstände und Rechte, dazu.

bb) Meinungsbild vor MoMiG

Für vorliegende Sachverhalte ist weiter zu fragen, ob überhaupt und wann die Sicherheitenbestellung durch die AG das gebundene Vermögen wertmäßig beeinträchtigt. Der sozusagen natürliche Weg einer Einlagenrückgewähr ist die unmittelbare Leistung der AG an den Aktionär¹⁴⁵. Demzufolge sollte bei der Sicherheitenbestellung eine verbotene Einlagenrückgewähr nach engster Auslegung des § 57 AktG nur dann vorliegen, wenn die Sicherheit tatsächlich verwertet würde. Jedoch wurde vor der Einführung des MoMiG im Schrifttum auch die Ansicht vertreten, dass schon bei der Bestellung der Sicherheit eine verbotene Auszahlung i.S.d. §§ 57 f. AktG vorlag.¹⁴⁶ Dabei war die Qualifizierung der Sicherheitenbestellung als eine verbotene Auszahlung auf die Gläubigerschutzfunktion des Kapitalerhaltsrechts abgestellt, da für dritte Gläubiger entscheidend sei,

¹⁴³ Vgl. Hüffer, AktG, § 57 Rn. 3 m.w.N.; Wiesner, in: MünchHdbAktien, § 16 Rn. 35, 42; Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 5, Rn. 8; Merkel, in: Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 529, 552; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 215.

¹⁴⁴ Lutter, in: KölnKommAktG, § 57 Rn. 5.

¹⁴⁵ Vgl. Mülbart, ZGR 1995, 578, 605 m.w.N.

¹⁴⁶ Mülbart, ZGR 1995, 578, 589.

„inwieweit ihnen das Aktivvermögen als Befriedigungsobjekt zur Verfügung steht“.¹⁴⁷ Die Gläubiger der AG würden also dadurch benachteiligt, dass durch die Bestellung von Personalsicherheiten sowie dinglicher Sicherheiten ein neuer, mindestens mit ihnen gleichrangiger Gläubiger¹⁴⁸ entsteht. Dies könnte dazu führen, dass das haftende Vermögen von Schmälerung bedroht würde (bei dinglichen Sicherheiten) und sich das Risiko, dass die Ansprüche der alten Gläubiger nicht so befriedigt werden können, wie wenn keine Sicherheit von der AG bestellt würde, erhöhte¹⁴⁹ (auch bei Personalsicherheiten). Auch in der Finanzlehre wurde die Ansicht vertreten, dass die Kreditsicherheiten zum gebundenen Vermögen zählten¹⁵⁰. Danach könne schon bei der Bestellung der Sicherheiten eine Beeinträchtigung des gebundenen Vermögens gegeben sein. Hierbei wäre noch zu erörtern, inwiefern sich der Rückgriffsanspruch der besichernden AG gegen den begünstigten Aktionär auswirke.

Stellt die AG eine Sicherheit für einen Aktionär, steht ihr grundsätzlich ein Rückgriffsanspruch gegen diesen Aktionär für den Fall zu, dass die Sicherheit in Anspruch genommen wird. Der BGH war mit seinem Urteil vom 24. November 2003 („Novemberurteil“)¹⁵¹ davon ausgegangen, dass der Austausch liquider Haftungsmasse gegen eine zeitlich hinausgeschobene schuldrechtliche Forderung die Vermögenslage der Gesellschaft und die Befriedigungsaussichten ihrer Gläubiger verschlechtere. Demzufolge waren die Rückgriffsansprüche der besichernden AG gegen den begünstigten Aktionär nicht mehr aktivierbar, damit wurden Upstream-Sicherheiten bei der AG grundsätzlich für unzulässig erachtet. Allerdings scheint der BGH in einem späteren Urteil über eine Fallgestaltung mit Upstream-Sicherheiten¹⁵² einer bilanziellen Betrachtungsweise nicht mehr abgeneigt zu sein.¹⁵³

cc) Rechtslage nach MoMiG

Nach Einführung des MoMiG bzw. des ARUG ist ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsgrundsätze also nicht gegeben, soweit eine Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist (§ 57 Abs. 1 Satz 3 AktG). Mit einem vollwertigen

¹⁴⁷ Mülbert, ZGR 1995, 578, 589.

¹⁴⁸ Bei der Bestellung dinglicher Sicherheiten treten die Gesellschaftsgläubiger bezüglich der als Sicherheit bestellten Sache sogar hinter den Berechtigten zurück.

¹⁴⁹ Allerdings ist zur Feststellung des Vorliegens der verbotenen Rückgewähr des Weiteren die Wahrscheinlichkeit dieses Risikos noch zu beachten, dazu s. unten (2) über die angemessene Gegenleistung.

¹⁵⁰ Auch die Personalsicherheiten, z.B. Bürgschaft, Garantie, Verlustübernahmevertrag, Patronatserklärung, Gewährträgerhaftung, vgl. Bitz, Finanzdienstleistungen, S. 57 f., 445.

¹⁵¹ BGH, Urteil vom 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, NJW 2004, 1111.

¹⁵² BGH, Urteil vom 01.12.2008 – II ZR 102/07, DB 2009 S. 106 = NZG 2007, 707.

¹⁵³ Tillmann, NZG 2008, 401.

Gegenleistungsanspruch verfügt die Gesellschaft über einen werthaltigen Vermögensgegenstand, so dass die Gläubiger nicht stärker gefährdet werden, als wenn ein entsprechendes Geschäft mit einem Dritten vorgenommen wird.¹⁵⁴ Insofern ist die bilanzielle Betrachtungsweise ins Gesetz aufgenommen.¹⁵⁵ Dem ist auch der Bundesgerichtshof mit seinem Urteil vom 1.12.2008¹⁵⁶ gefolgt. Danach stellt die Bestellung einer Sicherheit eine für das Kapitalerhaltungsrecht irrelevante Gefährdung des Gesellschaftsvermögens dar, die nach § 251 HGB lediglich unter der Bilanz zu vermerken ist, sofern die Inanspruchnahme der Sicherheit nicht bereits absehbar ist. Insoweit könnte eine Beschädigung des gebundenen Vermögens der AG durch die Sicherheitenbestellung erst dann in Betracht kommen, wenn die Sicherheit verwertet wird oder wegen drohender Inanspruchnahme eine bilanzwirksame Rückstellung zu bilden ist.¹⁵⁷ Dabei ist noch zu untersuchen, ob die Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften durch einen vollwertigen Gegenleistungs- bzw. Rückgewähranspruch nach § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG verdrängt wird.

b) Bestehen eines vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs?

aa) Der Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch als angemessene Gegenleistung?

Vor dem MoMiG wurde im Schrifttum viel diskutiert, ob die Beeinträchtigung des gebundenen Vermögens, wie bei sonstiger verdeckter Gewinnausschüttung, durch eine angemessene Gegenleistung kompensiert werden und damit zugelassen sein könnte.¹⁵⁸ Der Gesetzgeber hat diese Frage mit der Neufassung des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG ausdrücklich bejaht und schließt eine verbotene Rückgewähr aus, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist (§ 57 Abs. 1, Satz 3 AktG). Insofern stellt die neue Vorschrift ein Kriterium zur Ermittlung der Frage, ob dabei das Vermögen der AG beeinträchtigt wird, dar, das bei der Diskussion über verdeckte Gewinnausschüttung hervorgehoben wurde. In der Praxis wird häufig keine sonstige Gegenleistung für das Sicherungsgeschäft extra vereinbart, wobei möglicherweise als Gegenleistung des Sicherungsgeschäfts der

¹⁵⁴ Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, 2. Aufl., 2011, Rn. 112.

¹⁵⁵ A.A., Altmeppen, NZG 2010, 401, 403 f.

¹⁵⁶ BGH Urteil vom 1. Dezember 2008 – II ZR 102/07 = BGH DB 2009, 106.

¹⁵⁷ Thun, in Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, Rn. 134 m.w.N.; Altmeppen, NZG 2010, 401, 403 f., m.s.N.

¹⁵⁸ Vgl. Hüffer, AktG, § 57 Rn.; vgl. auch Hefermehl/Bungeroth/Geßler, AktG, § 57 Rn. 19 m.w.N.; Mülbart, ZGR 1995, 578, 591.

sicherungsrechtliche Aufwendungs- bzw. Rückgriffsanspruch, die Vereinbarung über eine bankübliche Avalprovision oder in zentralisierter Konzernfinanzierung die Weiterleitung der von dem Aktionär angenommenen Kredite an die AG in Betracht kommen.

(1) Der Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch im Allgemeinen

Nach der oben geschilderten Haftungskreditkonzeption wird die unmittelbare Leistung im Innenverhältnis zwischen der AG und dem Aktionär, nämlich die Valutierung des Haftungskredits, durch einen Vorgang im Außenverhältnis, also das Sicherungsgeschäft der AG mit der kreditgebenden Bank, erbracht.¹⁵⁹ Dabei ist für die Frage nach der Angemessenheit der Gegenleistung und nach der Vollwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs der Auftrag bzw. der Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der AG und dem Aktionär maßgebend. Da die Vorschriften der Vermögensbindung im Gesellschaftsrecht in erster Linie die Vermögensverschiebungen zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Gesellschafter sanktionieren sollen,¹⁶⁰ muss sodann ein eventueller wertmäßiger Ausgleich auch in dieser Rechtsbeziehung gesucht werden.

Nach der Haftungskreditkonzeption wird der AG als Sicherungsgeberin anhand des Auftrags bzw. Geschäftsbesorgungsvertrags ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus § 670 BGB eingeräumt, mit dem sie nach § 257 Satz 1 BGB anstatt Gelder Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen kann.¹⁶¹ Darunter soll nach den BGH-Entscheidungen auch eine Befreiung von der dinglichen Belastung fallen, obwohl § 257 nur von Verbindlichkeiten spricht.¹⁶² Zur Inanspruchnahme des Befreiungsrechts sind bei der Übernahme einer Bürgschaft Sonderbedingungen in § 775 Abs. 1 BGB vorgeschrieben,¹⁶³ die den Befreiungsanspruch modifizieren und einschränken.¹⁶⁴ Nach dieser Vorschrift hat der Hauptschuldner, hierbei also der Gesellschafter, die Hauptschuld erfüllt oder beim Gläubiger die Entlassung des Bürgen aus der Haftung erreicht.¹⁶⁵ Bei einer noch nicht fälligen Hauptverbindlichkeit ist eine Sicherheitsleistung des Hauptschuldners statt der Befreiung zulässig (§ 775 Abs. 2

¹⁵⁹ Mülbart, ZGR 1995, 578, 605.

¹⁶⁰ Schön, ZHR 1995, 351, 356 f.

¹⁶¹ Seiler, in: MünchKommBGB, 3. Aufl., 1997, § 670 Rn. 13; Mülbart, ZGR 1995, 578, 583. § 257 soll auf für den Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 670 BGB anwendbar sein, vgl. auch Selb, Staudinger-BGB, § 257 Rn. 3 (Rn. 4 verweist auf BGH NJW 1989, 1920, 1921 = WM 1989, 861, 863.). A.M. beruht der Freistellungsanspruch bei Bürgschaftsübernahme nicht auf § 257, sondern auf § 775 BGB vgl. Horn, Staudinger-BGB, § 774, 13. Bearbeitung, 1997, Rn. 1, und § 775 Rn. 1; ebenso Sprau, in Palant-BGB, 60. Aufl., 2001, § 670, Rn. 1 (§ 775 Rn. 1 weist ein Befreiungsanspruch i.S.d. § 257 aus § 775 BGB).

¹⁶² Selb, Staudinger-BGB, 13. Bearbeitung, 1995, § 257 m.w.N. Dies ist jedoch nicht anzunehmen, Gegenmeinung s. unten über die Auswirkungsmöglichkeit der Rechtsfolge zum Dritten.

¹⁶³ Mülbart, ZGR 1995, 578, 584 m.w.N.

¹⁶⁴ Horn, Staudinger-BGB, § 775 Rn. 1.

¹⁶⁵ Ansgar Staudinger, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage 2012, § 775, Rn. 3.

BGB), allerdings unter den Voraussetzungen im Abs. 1 Nr. 1 und 2.¹⁶⁶ Für andere Kreditsicherheiten werden zwar keine weiteren Voraussetzungen im Gesetz ausdrücklich bestimmt,¹⁶⁷ allerdings haben der BGH¹⁶⁸ und die Literatur¹⁶⁹ den Befreiungsanspruch bei Eintritt wichtiger Umstände, z.B. bei einer erheblichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners an die vorherige Kündigung des Auftrags (§ 671 Abs. 3 BGB) geknüpft. Demzufolge kann die AG als beauftragter Sicherungsgeber aus wichtigen Gründen die vorzeitige Befreiung in Anspruch nehmen.¹⁷⁰ Im Ergebnis ist anzunehmen, dass die AG im Fall der Auftragsbürgschaft unter den Kündigungsvoraussetzungen des § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB und im Fall sonstiger Sicherheiten mit einem wichtigen Grund den Auftrag (§ 671 Abs. 3 BGB)¹⁷¹ bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag kündigen und die Befreiung in Anspruch nehmen kann, etwa wenn sich das Vermögen des Gesellschafters vor der Inanspruchnahme der Sicherheit verschlechtert. Dies soll für die Bestellung der Personalsicherheiten wie auch der Realsicherheiten gelten.¹⁷²

§§ 670, 775 BGB regeln das Rechtsverhältnis vor der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen. Ihm wird nach § 774 BGB ein Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschuldner gegeben, nachdem er den Gläubiger befriedigt hat.¹⁷³ Dies soll auch für sonstige Fälle der Interzession¹⁷⁴ sowie für die Bestellung dinglicher Sicherheiten¹⁷⁵ gelten. Dabei handelt es sich um einen Fall des gesetzlichen Forderungsübergangs (*cessio ficta*, *cessio legis*) i.S.d. § 412 BGB.¹⁷⁶ Der Bürge bzw. Sicherungsgeber hat ein Wahlrecht, den Befreiungsanspruch gem. §§ 670, 775 BGB oder die auf ihn übergegangene Gläubigerforderung gem. § 774 BGB in Anspruch zu nehmen¹⁷⁷. Bei der Bestellung einer dinglichen Sicherheit geht die Forderung des Kreditgebers gegen den kreditnehmenden Aktionär auf die besichernde AG über, wenn sie den Kreditgeber befriedigt (§§ 1225, 1143 BGB).

¹⁶⁶ Ansgar Staudinger, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, § 775, Rn. 4; Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2009, § 775, Rn. 1, 12.

¹⁶⁷ Vgl. Habersack, in: MünchKommBGB, 5. Auflage 2009, § 775, Rn. 3 m.w.N.

¹⁶⁸ BGH NJW-RR 93, 944.

¹⁶⁹ Mühlert, ZGR 1995, 578, 584 m.w.N.

¹⁷⁰ Vgl. Ansgar Staudinger, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch 7. Auflage 2012, § 775, Rn. 5; s. auch Mühlert, ZGR 1995, 578, 585. Ablehnend dazu allerdings Pecher, MünchKommBGB, 2. Aufl., 1986, § 775 Rn. 3; Horn, in: StaudingerBGB, § 775 Rn. 5.

¹⁷¹ Mühlert, ZGR 1995, 578, 585.

¹⁷² Mühlert, ZGR 1995, 578, 583.

¹⁷³ Sprau, in: Palandt-BGB, 60. Aufl., 2001, § 775 Rn. 1.

¹⁷⁴ Soweit ihnen „nicht der Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen dem Interzedenten und dem Hauptschuldner entgegensteht, vgl. Habersack, in: MünchKommBGB, § 775 Rn. 3; a.A. Horn, Staudinger-BGB, § 775 Rn. 5.

¹⁷⁵ Habersack, MünchKommBGB, § 775 Rn. 3; a.A. Horn, Staudinger-BGB, § 775 Rn. 5.

¹⁷⁶ Horn, Staudinger-BGB, § 774 Rn. 3.

¹⁷⁷ Vgl. Horn, Staudinger-BGB, § 774 Rn. 5 m.w.N.

(2) Meinungsbild vor MoMiG

Ob der Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch als vollwertige Gegenleistung im Rahmen der verdeckten Gewinnausschüttung anzusehen ist, war vor der Einführung des MoMiG umstritten. Eine in der Literatur vertretene Meinung beruhte auf einem Prinzip des Stundungsverbots¹⁷⁸ und verneinte den sicherheitsrechtlichen Rückgriffsanspruch als angemessene Gegenleistung mit der Begründung, dass dieser Anspruch schuldrechtlicher Natur ist, der nach Maßgabe des § 775 BGB bis zum Eintritt des Vermögensverfalls oder des Zahlungsverzuges des Hauptschuldners gestundet ist und wie die Stundung anderer Forderungen der AG gegen den Aktionär zu behandeln ist.¹⁷⁹

Die herrschende Ansicht war davon ausgegangen, dass der Aktionär keinerlei Vermögensvorteil bei der Kreditsicherung durch die Gesellschaft erlangt, da anstatt des Kreditgebers die sicherungsgebende AG ihm gegenüber den oben erwähnten Rückgriffsanspruch oder aufgrund *cessio legis* aus der Hauptverbindlichkeit geltend machen kann.¹⁸⁰ Mit anderen Worten wurde die Beeinträchtigung des gebundenen Vermögens der AG also durch den Rückgriffsanspruch ausgeglichen, sofern solcher Anspruch vollwertig ist und die Befriedigung solchen Anspruchs nicht von Anfang an unmöglich bzw. teilweise gefährdet ist, etwa wenn der Aktionär als Hauptschuldner zahlungsunfähig wird.¹⁸¹ In diesem Fall würde die Unzulässigkeit der Sicherheitenbestellung durch die AG wegen Verstoßes gegen die Regelungen der Vermögensbindung beseitigt. Verschlechterten sich die Vermögensverhältnisse des Aktionärs, käme die Verwertung der Sicherheit dann in Betracht. Dies hat zwar zum Verstoß gegen die Regelung der Vermögensbindung i.S.d. § 57 AktG geführt.¹⁸² Jedoch wurde der dadurch entstehende Rückgriffsanspruch gegen den Aktionär entwertet. Im Ergebnis war eine endgültige Vermögensminderung eingetreten, die in der Tat nicht durch einen Rückgriffsanspruch ausgeglichen wurde.

(3) Rechtslage nach MoMiG

Nach Einführung des MoMiG ist ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsgrundsätze also nicht gegeben, soweit eine Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist (§ 57 Abs. 1 Satz 3

¹⁷⁸ In Verweisung auf § 31 GmbHG, s. Schön, ZHR 159 (1995), 351, 360 f. m.w.N.

¹⁷⁹ Schön, ZHR 159 (1995), 351, 360.

¹⁸⁰ Vgl. vor allem Mülbart, ZGR 1995, 578, 592.

¹⁸¹ Hierbei kann man auf die Auffassung in der Literatur über Kreditgewährungen von der AG an den Aktionär verweisen. Danach sollen §§ 57 ff. AktG eingreifen, „wenn der Rückgewähranspruch der Gesellschaft aufgrund der wirtschaftlichen Schwäche des Darlehensnehmer-Gesellschafters gefährdet und damit nicht vollwertig ist“, s. Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, S. 238, m.w.N. Vgl. auch Lutter, KölnKommAktG, § 57 Rdn. 28; Hefermehl/Bungeroth, in: Geßler-Hefermehl, AktG, § 57 Rdn. 18; Schön, ZHR 1995, 351, 357; K. Schmidt, GesR., § 29 II 2 b), jeweils m.w.N.

¹⁸² Vgl. Schön, ZHR 1995, 351, 357.

AktG). Mit einem vollwertigen Gegenleistungsanspruch verfügt die Gesellschaft über einen werthaltigen Vermögensgegenstand, so dass die Gläubiger nicht stärker gefährdet werden, als wenn ein entsprechendes Geschäft mit einem Dritten vorgenommen wird.¹⁸³ Insofern ist der Gedanke der herkömmlich h.M. ins Gesetz aufgenommen, danach stellt die Bestellung einer Sicherheit eine für das Kapitalerhaltungsrecht irrelevante Gefährdung des Gesellschaftsvermögens dar, die nach § 251 HGB lediglich unter der Bilanz zu vermerken ist. Dabei könnte eine verbotene Einlagenrückgewähr erst angenommen werden, wenn die Sicherheit verwertet wird oder wegen drohender Inanspruchnahme eine bilanzwirksame Rückstellung zu bilden ist.¹⁸⁴ Die Anwendung der Regelungen zur Kapitalerhaltung wird jedoch nach § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG verdrängt, wenn ein vollwertiger Gegenleistungsanspruch vorliegt. Nach der bisherigen herrschenden Meinung, die der bilanziellen Betrachtungsweise folgte, stellte der Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch aus dem Besicherungsgeschäft einen derartigen Gegenleistungsanspruch dar.¹⁸⁵

Diese Ansicht ist jedoch bedenklich. Für die Anwendung der §§ 57, 62 AktG kommt die Frage, ob der Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch der Gesellschaft (Sicherungsgeber) gegen den Gesellschafter (Hauptschuldner) vollwertig ist, erst in Betracht, wenn sich die Bestellung der Sicherheit bilanziell auswirkt, also wenn die Sicherheit von einer Inanspruchnahme bedroht wird. Dies ist der Fall, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Gesellschafters als Hauptschuldner wesentlich verschlechtert haben und er damit die Kreditschuld nicht erfüllen kann. In diesem Fall ist der Gesellschaft als Sicherungsgeber nach § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB zwar ein Befreiungsanspruch eingeräumt. Allerdings ist dieser Anspruch auf keinen Fall vollwertig, da der Gesellschafter (Hauptschuldner) nicht mehr in der Lage ist, die Erfüllung des Befreiungsanspruchs zu gewährleisten.¹⁸⁶ Insofern liegt eine verbotene Einlagenrückgewähr i.S.d. § 57 AktG vor und steht der Gesellschaft gem. § 62 Abs. 1 AktG ein Anspruch auf Rückerstattung der Leistung gegen den Gesellschafter zu. Allerdings ist die Erfüllung dieses Anspruchs auch nicht mehr gewährleistet. Im Ergebnis kann die Gesellschaft ohne sonstige Vereinbarungen mit dem Gesellschafter nicht sinngemäß durch den Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch gem. § 775 Abs. 1 BGB oder den Rückerstattungsanspruch gem. §§ 57, 62 AktG geschützt werden.

¹⁸³ Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, Rn. 112.

¹⁸⁴ Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, Rn. 134 m.w.N.

¹⁸⁵ Vgl. vor allem Mülbert, ZGR 1995, 578, 592.

¹⁸⁶ Vgl. auch BGH, NZG 2007, 707: „Eine - die Entstehung der Unterbilanz etwa verhindernde - Aktivierung des Freistellungs- oder Regressanspruchs der Klägerin gegen den durch die Sicherheitenbestellung begünstigten K scheidet im vorliegenden Fall schon deswegen aus, weil ein solcher Anspruch ersichtlich zu jenem Zeitpunkt nicht werthaltig war.“; Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6 Rn. 136; Tillmann, NZG 2008, 401, 402 f.

In einem anderen Fall wird die Sicherheit zur Inanspruchnahme bedroht, wenn der Gesellschafter als Hauptschuldner verweigert, die fällige Kreditschuld zu erfüllen, und sich damit im Verzug befindet. Dann kann die Gesellschaft gem. § 775 Abs. 1 Nr. 3 BGB Befreiung von der Sicherheit verlangen. Hierbei kommt es dann auf die Frage nach der Vollwertigkeit des Befreiungsanspruchs an. Ist der Gesellschafter solvent und damit der Befreiungsanspruch gewährleistet, wird die Anwendung der §§ 57, 62 AktG verdrängt.¹⁸⁷ Ist aber die Erfüllung des Befreiungsanspruchs „absehbar in Frage gestellt“,¹⁸⁸ dann liegt eine verbotene Einlagenrückgewähr i.S.d. § 57 AktG vor und es haftet der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft nach § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG mit Rückerstattung der verbotenen Leistung. Im letzten Fall ist der Anspruch aus § 62 AktG dann auch nicht mehr gewährleistet analog der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Gesellschafters, so dass die Kapitalerhaltungsregelungen der Gesellschaft bzw. ihrer Gläubiger keinen hinreichenden Schutz bieten. Im ersten Fall finden §§ 57, 62 AktG wegen der Vollwertigkeit des Befreiungsanspruchs nach § 775 BGB theoretisch zwar keine Anwendung. Allerdings führen beide Ansprüche im Ergebnis zu keinerlei Unterschieden, da sich der Gesellschafter nach § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG sowie nach § 775 BGB zur Wiederherstellung der Vermögenslage der Gesellschaft wie ohne Bestellung der Sicherheit verpflichtet.

Wie oben geschildert, bietet der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter nach § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG auch keinen hinreichenden Schutz für die Gesellschaft bzw. ihre Gläubiger, wenn der Befreiungsanspruch nicht vollwertig ist und dies damit zum Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr führt. Beim Vorliegen der Vollwertigkeit des Befreiungsanspruchs finden §§ 57, 62 AktG zwar keine Anwendung. In diesem Fall bietet dieser Befreiungsanspruch aber keinen besseren Schutz als der Rückerstattungsanspruch aus § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG. Zusammenfassend kann man davon ausgehen, dass der Befreiungsanspruch nicht dazu geeignet ist, ihn als einen angemessenen Gegenleistungs- bzw. Rückgriffsanspruch i.S.d. § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG zu qualifizieren.

bb) Die Avalprovision als angemessene Gegenleistung?

Aufgrund des Haftungskredits wird die Sicherheit von der AG gegen Entgelt oder ohne Entgelt seitens des Aktionärs bestellt. Wird eine bankübliche Avalprovision für die Gewährung des Haftungskredits vereinbart, kann ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr auch nicht beseitigt werden, da mit der Avalprovision allein das

¹⁸⁷ S. auch Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6 Rn. 137 m.w.N.

¹⁸⁸ Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Dr 16/6140, S. 41.

Verwertungsrisiko der Sicherheit nicht adäquat abgedeckt wird.¹⁸⁹ Beruht die Sicherheitenbestellung auf einem unentgeltlichen Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag, bildet der Verzicht auf eine angemessene Avalprovision nach einer in der Literatur z.T. vertretenen Meinung eine eigenständige verbotene Rückgewähr.¹⁹⁰ Dies ist für die sicherungsnehmende Bank weniger von Bedeutung, da es sich dabei lediglich auf das Rechtsverhältnis zwischen der AG und dem Aktionär beschränkt, so dass die sicherungsnehmende Bank damit nichts zu tun hat.

cc) Die Weiterleitung der Kredite an die AG als angemessene Gegenleistung?

Bei der zentralisierten Konzernfinanzierung werden häufig Kredite von der Muttergesellschaft für den Finanzbedarf des gesamten Konzerns aufgenommen, und die dadurch verschafften Finanzmittel werden nach dem tatsächlichen Bedarf an die einzelne untergeordnete Gesellschaft weitergeleitet. Für solche Kreditaufnahme werden nicht selten die Sicherheiten von den Tochtergesellschaften bestellt. In diesem Fall taucht dann die Frage auf, ob das Risiko der Vermögensschmälerung durch Verwertung der Sicherheit seitens der untergeordneten AG dadurch aufgehoben wird, indem sich die Aktivmasse der AG durch die Kreditgewährung des Mutterunternehmens wertmäßig erhöht. Dies ist zu bejahen, wenn der AG ein Kredit von dem Aktionär bzw. der Muttergesellschaft in Höhe der bestellten Sicherheit gewährt wird¹⁹¹. Denn die AG kann einerseits im Insolvenzfall des Aktionärs ihren Befreiungsanspruch nach § 775 BGB gegen den Darlehensrückzahlungsanspruch der Muttergesellschaft aufrechnen¹⁹²; andererseits kann sie die Vermögensminderung wegen der Verwertung der Sicherheit durch die Zuwendung der von der Muttergesellschaft weitergeleiteten Finanzmittel ausgleichen. In diesem Fall sind die Gläubiger der AG ausreichend geschützt, damit ist eine angemessene Gegenleistung i.S.d. der oben genannten Ansicht anzunehmen. Im Ergebnis ist die Voraussetzung der verbotenen Rückgewähr des § 57 AktG nicht gegeben. Insofern kommt es nicht darauf an, ob dabei ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch i.S.d. § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG in Betracht kommt. Noch zu beachten ist, dass die Rückzahlung der AG

¹⁸⁹ Hierbei wird auch vom so genannten „Klumpenrisiko“ gesprochen, das sich nur von Kreditinstituten über eine große Anzahl von Geschäften ausgleichen lässt, s., Solveen, in: Hölters Aktiengesetz, § 57 Rn. 10; s. auch Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 105; Mülberr, ZGR 1995, 578, 590 (auch 600) m.w.N.

¹⁹⁰ Vgl. Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30 Rn. 141, 253; s. auch Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 105; Schön, ZHR 159 (1995), 351, 370; zu zinsgünstigen oder unverzinslichen Aktionärskrediten ebenso Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., 1992, S. 216; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 1994, Rn. 2 C 147; Wiesner, in: MünchHdbGesR., Bd. 4, 1988, § 16 Rn. 16 und ausführlich Lutter, FS Stiefel, 1987, 505 ff., 527 ff.; Mülberr, ZGR 1995, 578, 600.

¹⁹¹ Vgl. Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 106; Schön, ZHR 159 (1995), 351, 368; Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, 1992, S. 59; Maier-Reimer, FS Rowedder, 1994, S. 245, 255.

¹⁹² Schön, ZHR 159 (1995), 351, 368.

an den Aktionär ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen darstellen kann. Diese Problematik ist im Weiteren noch zu behandeln.

c) Der Aktionär als Empfänger des Vermögensvorteils durch die Kreditsicherung durch Gesellschaft

Die Sicherheitenbestellung stellt desweiteren nur dann eine verbotene Rückgewähr dar, wenn dem Aktionär ein Vermögensvorteil zugewendet wird. Dabei wird der sicherungsnehmende Kreditgeber in erster Linie deutlich begünstigt. Mit der Sicherheit kann er unmittelbar auf das Vermögen der AG zugreifen, wenn der kreditnehmende Aktionär nicht mehr zahlungsfähig ist. Fraglich ist jedoch, ob der Aktionär dabei auch als Empfänger des Vermögensvorteils angesehen werden kann.

In der Kreditpraxis spielen die Sicherheiten als maßgebliche Kondition bei der Kreditgewährung eine wichtige Rolle, und der Aktionär ist soweit wirtschaftlich begünstigt, indem ihm erst mit der Sicherheit durch die AG (oder jedenfalls zu den günstigeren Konditionen) Kredite von einem Dritten gewährt werden¹⁹³. Außerdem kann der Aktionär durch die Sicherheitenbestellung zwar nicht rechtlich, aber ökonomisch befristet über die Vermögenswerte der Gesellschaft verfügen, und diese befristete Verfügungsmöglichkeit stellt auch schon einen Vermögensvorteil dar¹⁹⁴. Schließlich wird im vorliegenden Sachverhalt die Sicherheitenbestellung im Regelfall unter der Beeinflussung des Aktionärs bzw. des herrschenden Unternehmens veranlasst. Nach oben Geschildertem ist auch in diesem Fall eine Leistung an einen Dritten dem Aktionär zuzurechnen¹⁹⁵, „wenn eine Leistung der AG an einen Dritten vom wirtschaftlichen Erfolg her gesehen einem Aktionär zu Gute kommt.“¹⁹⁶ Deshalb ist davon auszugehen, dass der kreditnehmende Aktionär durch die Sicherheitenbestellung begünstigt oder mindestens die Kreditsicherung ihm zugerechnet werden soll, damit der Aktionär als Empfänger des Vermögensvorteils zu betrachten ist. Diese Ansicht ist im GmbH-Recht einhellig anerkannt¹⁹⁷ und ist auch im Aktienrecht anzunehmen.

Darüber hinaus ist im vorliegenden Sachverhalt noch zu beachten, dass der Aktionär auch als Empfänger der Ausschüttung betrachtet werden kann, wenn die Sicherheiten durch andere verbundene Unternehmen der AG, etwa abhängige oder in ihrem

¹⁹³ Vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 580.

¹⁹⁴ Mülbert, ZGR 1995, 578, 600.

¹⁹⁵ Vgl. Lutter, in: KölnKommAktG, § 57, Rn. 45.

¹⁹⁶ Lutter, in: KölnKommAktG, § 57, Rn. 39 m.w.N.

¹⁹⁷ Vgl. vor allem Schön, ZHR 1995, 351, 356 m.w.N.; vgl. auch Mülbert, ZGR 1995, 578, 580.

Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen, bestellt werden, anstatt aus Vermögen der AG selbst gegeben zu werden.¹⁹⁸ Denn es handelt in diesem Fall in der Regel nach der Weisung oder für Rechnung der AG.¹⁹⁹

d) Entstehenszeitpunkt

aa) Ausgangspunkt

Zu der Frage, ob auch das Sicherungsgeschäft der AG mit dem sicherungsnehmenden Kreditinstitut oder das Grundgeschäft mit dem Aktionär eine Leistung i.S.d. § 57 AktG darstellt, ist an der bisher heftig umtrittenen Problematik des Entstehenszeitpunkts anzuknüpfen. Nach oben Geschildertem kann vor der tatsächlichen Minderung des gebundenen Vermögens, also vor der Verwertung der Sicherheit, schon eine verbotene Rückgewähr vorliegen. Fraglich ist dennoch, ob solche Beeinträchtigung bei der Bestellung der Sicherheit oder gar beim Zustandekommen des Grundgeschäfts vorliegen kann.²⁰⁰ Dies ist nach der Einführung des MoMiG unter der Überlegung der Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs besonders problematisch.

bb) Meinungsbild vor MoMiG:

Die Bedeutung der oben genannten Frage liegt darin, wann die Rechtsfolgen wegen Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsregelungen dem Normadressat zukommen. Dabei ist auch klar zu machen, ob das Sicherungsgeschäft oder das ihm zugrunde liegende Grundgeschäft eine verbotene Rückgewähr i.S.d. § 57 AktG darstellt.

(1) Der Bestellungsakt als Ausschüttung:

Vor Einführung des MoMiG war die bisherige h.M. im Aktienrecht davon ausgegangen, dass schon im Zeitpunkt des Bestellungsaktes einer Sicherheit eine Einlagenrückgewähr i.S.d. § 57 AktG vorlag, „und zwar in voller Höhe der Sicherheit unabhängig von ihrer tatsächlichen Inanspruchnahme²⁰¹.“ Bei dieser Begründung

¹⁹⁸ Vgl. Lutter, KölnKommAktG, § 57, Rn. 46; Wiesner, in: MünchKommAktG, § 16 Rn. 39 m.w.N.; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 13.

¹⁹⁹ Vgl. auch Raiser, Recht der Kapitalgesellschaftsrecht, S. 217; Wiesner, in: MünchKommAktG, § 16 Rn. 39 m.w.N.; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 13; Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 31.

²⁰⁰ Vgl. vor allem Tillmann, NZG 2008, 401, 402 m.w.N.

²⁰¹ Vgl. Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 104 m.w.N.; Habersack/Schürnbrand, NZG 2004, 689, 695; Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 19 m.w.N.; Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6, Rn. 122; Mülbert, ZGR 1995, 578, 589 m.w.N., dessen Meinung nach stellt jedoch nicht der Bestellungsakt gegenüber dem Sicherungsnehmer, sondern die Valutierung des Haftungskredits eine verbotene Rückgewähr, s. eben da. 604.

wurde auf die häufig im GmbH-Recht vertretene Argumentation verwiesen, die von zweierlei ausgegangen war: Zum einen verlässt die dingliche Sicherheit nach Sachenrecht und Insolvenzrecht schon mit der Bestellung das Vermögen der Gesellschaft und soll künftig ausschließlich dem Gläubiger zur Verfügung stehen²⁰². Zum anderen tritt bei schuldrechtlichen Sicherheiten der Gläubiger mit Abgabe des Bürgschaftsversprechens oder Vereinbarung eines Schuldbeitritts in die *par conditio creditorum* ein, und sein Anspruch belastet die Haftungsmasse der Kapitalgesellschaft *quotam*²⁰³; damit sollte eine verbotene Einlagenrückgewähr schon in dieser schuldrechtlichen Bindung gegenüber dem Drittgläubiger vorliegen²⁰⁴.

(2) Der Verwertungsakt als Auszahlung:

Eine vor allem zu der Kapitalerhaltungsregelung im GmbH-Recht vertretene Gegenmeinung geht davon aus, dass eine verbotene Auszahlung erst in Betracht kommen könne, wenn die Sicherheit ohne vollwertigen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Gesellschafter tatsächlich von dem Sicherungsnehmer in Anspruch genommen wird²⁰⁵. In der Literatur wurde z.T. auf die herrschende Ansicht zu gewöhnlichen Umsatzgeschäften verwiesen, dass das dingliche Erfüllungsgeschäft diese „Auszahlung“ bilde, während das Verpflichtungsgeschäft lediglich Auskunft darüber gebe, ob sich der Vorgang im Hinblick auf eine Gegenleistung des Gesellschafters als ausgeglichenes Geschäft ohne kapitalmindernde Wirkung darstelle²⁰⁶. Die Begründung könnte in der engsten Auslegung der Vermögensbindungsregelung darin liegen, dass im Fall der Sicherheitenbestellung das gebundene Vermögen lediglich durch tatsächliche Inanspruchnahme der Sicherheit geschmälert werde²⁰⁷.

(3) Das Kriterium nach der wirtschaftlichen Lage des begünstigten Aktionärs:

Bezieht man in den Fall der Kreditsicherung durch die Gesellschaft einen sicherungsrechtlichen Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch (etwa nach §§ 670, 257, 775, 774 BGB) ein, taucht dann die Frage auf, ob die dabei entstehende Benachteiligung des gebundenen Vermögens durch solchen Anspruch kompensiert werden kann.²⁰⁸ Die Unzulässigkeit der verbotenen Rückgewähr würde dann geheilt,

²⁰² Schön, ZHR 1995, 351, 357; Kleffner, Erhaltung des Stammkapitals und Haftung nach §§ 30, 31 GmbH, 1994, S. 63.

²⁰³ Schön, ZHR 1995, 351, 357; a.A. Sonnenhol/Stützle, DB 1979, 925 ff.; Peltzer/Bell, ZIP 1993, 1755 ff., 1760; Meister, WM 1980, 390 ff., 392 f.

²⁰⁴ Schön, ZHR 1995, 351, 357 m.w.N.; zur Verpflichtung als Auszahlung allgemein Joost, ZHR 148 (1984), 27, 30 ff.

²⁰⁵ Vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 592 m.w.N.

²⁰⁶ Schön, ZHR 1995, 351, 357 m.w.N.

²⁰⁷ Dies kommt vor allem hinsichtlich der bilanziellen Betrachtungsweise im GmbH-Recht vor, die auf der gesetzlichen Bestimmung des § 30 GmbHG beruht, vgl. unten II zu §§ 30 f. GmbHG.

²⁰⁸ Ausführliches s. anschließend oben cc. (1).

wenn diese Frage bejaht würde. Demzufolge könnte man davon ausgehen, dass eine verbotene Rückgewähr nur dann vorläge, wenn solcher Befreiungsanspruch nicht mehr gewährleistet würde, z.B. die wirtschaftliche Lage des Aktionärs sich verschlechtert²⁰⁹. Eine verbotene Rückgewähr könnte auch schon bei der Bestellung der Sicherheiten vorliegen, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits mit einer Inanspruchnahme der Sicherheit zu rechnen war und der Rückgriffs- bzw. Aufwendungsersatzanspruch gegen die Aktionäre nicht realisierbar erschien²¹⁰.

Auch dieser Ansatz verweist auf eine im GmbH-Recht herrschende Ansicht,²¹¹ die auf einer bilanziell geprägten Betrachtungsweise beruht.²¹² Danach lag jedoch eine verbotene Ausschüttung grundsätzlich erst bei Verwertung der Sicherheit und nur im Ausnahmefall bei deren Bestellung vor, in dem der Gesellschafter als Anspruchsverpflichteter in finanzielle Schwierigkeiten geriet.²¹³

(4) Die Verpflichtung zur Sicherheitenbestellung als eventuelle Ausschüttung:
Zur Beurteilung, ob die Kreditsicherung durch die Gesellschaft eine verbotene Rückgewähr darstellen kann, wurde im Schrifttum z.T. auch vorgeschlagen, wie bei typischer Einlagenrückgewähr in die Beziehung zwischen der AG und dem Aktionär zurückzugreifen war²¹⁴. Danach war nicht das Sicherungsgeschäft zwischen der AG und der sicherungsnehmenden Bank, sondern das Rechtsgeschäft zwischen der AG und dem Aktionär, dem das Sicherungsgeschäft unterlag, als verbotene Rückgewähr zu betrachten. Diesbezüglich wurde von vielen mit der bilanziellen Betrachtungsweise begründet. Demzufolge war davon auszugehen, dass das gebundene Vermögen der Gesellschaft schon bei der Übernahme der Verpflichtung bilanziell belastet wurde und damit eine verbotene Rückgewähr in Betracht kam. Bemerkenswert war jedoch ein anderer Ansatz, der an die wirtschaftlichen Lage des Aktionärs anknüpfte und davon ausging, dass eine verbotene Rückgewähr nur dann vor der Valutierung des Haftungskredits, also vor dem Bestellungsakt der AG, vorliegen könne, wenn der Aktionär in wirtschaftliche Schwierigkeit gerät²¹⁵. Würde dies nach dem Bestellungsakt geschehen, käme erst eine verbotene Rückgewähr dann in Betracht, wenn die AG den Befreiungsanspruch nicht geltend machte.²¹⁶

²⁰⁹ Vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 595.

²¹⁰ Vgl. Merkel, in: Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Rn. 17.75; Messer, ZHR 159 (1995), 375, 377 m.w.N.

²¹¹ Vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 593 m.w.N.

²¹² Vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 593 m.w.N. Die Begründung im einzelnen, vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 593.

²¹³ Mülbert, ZGR 1995, 578, 593; Meister, WM 1980, 390, 393.

²¹⁴ Verweis auf der im GmbH-Recht vertretenen Ansicht, vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 587 in Fn. 39. Mülbert geht jedoch von einer Haftungskreditkonzeption aus, s., ders., ZGR 1995, 578, 594 ff.

²¹⁵ Vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 595.

²¹⁶ Vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 596 ff.

cc) Rechtslage nach MoMiG:

Wie schon erörtert, hat das MoMiG ausdrücklich eine Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise postuliert. Diesbezüglich hatte der Regierungsentwurf in der Begründung die Darlehensgewährung in Cash-Pool-Systemen im Blick. In diesen Fällen ist unstreitig der Zeitpunkt der Auszahlung der Darlehensvaluta relevant.²¹⁷ Für die Sicherheitenbestellung durch die AG zugunsten ihrer Aktionäre bedarf es allerdings weiterer Erörterung. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass kein Verstoß vorliegt, wenn im Zeitpunkt der Leistung ein vollwertiger Gegenanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter besteht.²¹⁸ Mit anderen Worten ist der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Vollwertigkeit des Gegenanspruchs die Leistung durch die Gesellschaft. Die bilanzielle Betrachtungsweise soll nicht nur für die Aktivierungsfähigkeit von Gegenleistungs- und Rückgewähransprüchen gegen den Gesellschafter, sondern auch für den relevanten Zeitpunkt der Leistung gelten.

Zu der Frage, wann die Sicherung durch die AG zugunsten ihrer Aktionäre als eine Leistung i.S.d. § 57 AktG zu qualifizieren ist, geht eine im Schrifttum vertretene Meinung in Anlehnung an die Darlehensgewährung davon aus, dass dabei auf die Bestellung abzustellen ist²¹⁹ und dabei der Prüfungsgegenstand der Vollwertigkeit der Rückgriffsanspruch ist.²²⁰ Diese Ansicht entspricht nicht der nun im Gesetz ausdrücklich verwendeten bilanziellen Betrachtungsweise, da die Bestellung der Sicherheit nach §§ 251 S 1, 268 Abs 7 HGB lediglich unter der Bilanz zu merken ist.²²¹ Insofern ist ein Ausgleich durch die Aktivierung eines Gegenleistungsanspruchs (noch) nicht erforderlich. Im Einklang mit der bilanziellen Betrachtungsweise ist eine Leistung richtigerweise erst dann anzunehmen, wenn die Sicherheit in Anspruch genommen wird oder wegen drohender Verwertung eine bilanzwirksame Rückstellung zu bilden ist.²²² Wird mit einer Inanspruchnahme der Sicherheit nicht gerechnet, ist Bilanzneutralität gegeben, da eine etwaige Inanspruchnahme der Sicherheit nicht dazu führt, dass auf der Passivseite eine entsprechende Rückstellung gebildet werden muss.²²³ In diesem Fall wird die etwaige Inanspruchnahme technisch

²¹⁷ Tillmann, NZG 2008, 401, 404.

²¹⁸ RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 94; Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6, Rn. 116; Tillmann, NZG 2008, 401, 403.

²¹⁹ Vgl. Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6, Rn. 133 f., m.w.N.

²²⁰ Solveen, in: Hölters Aktiengesetz, § 57 Rn. 10 m.w.N.; vgl. auch Tillmann, NZG 2008, 401, 403.

²²¹ Horn, Bürgschaft, in: Staudinger-BGB, Bearb. 2012, Rn. 121, m.w.N.; vgl. auch Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6, Rn. 134 m.w.N.

²²² Horn, Bürgschaft, in: Staudinger-BGB, Bearb. 2012, Rn. 121 f., m.w.N.; Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6, Rn. 134 f., m.w.N.; Hippeli, NJOZ 2009, 2197, 2201; Tillmann, NZG 2008, 401, 404.

²²³ Hippeli, NJOZ 2009, 2197, 2201 m.w.N.

erst „unter dem Strich“ als Eventualverbindlichkeit erfasst, eine verbotene Einlagenrückgewähr kommt dann aber nicht in Betracht.²²⁴ Ist in anderem Fall mit einer Inanspruchnahme zu rechnen und somit eine entsprechende Rückstellung zu bilden, so ist weiter zu prüfen, ob der Sicherheit ein werthaltiger Rückgriffsanspruch i.S.d. § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG ausgleichend gegenübersteht.²²⁵

Der Befreiungsanspruch der AG gegenüber dem Hauptschuldner (Aktionär) aus § 775 BGB ist, wie oben erörtert, als derartiger Rückgriffsanspruch nicht geeignet, da eine wahrscheinliche Inanspruchnahme der Sicherung häufig bei Verschlechterung der Finanzlage des Hauptschuldners in Betracht kommt und damit die Durchführung des Befreiungsanspruchs in diesem Fall auch nicht gewährleistet ist.²²⁶ In der Praxis kann der Verwaltung der Gesellschaft geraten werden, bei solchen Sicherheitenbestellungen zumindest schuldrechtlich eine „limitation language“ vorzusehen, also eine vertragliche Abrede mit dem Sicherungsnehmer, dass die Sicherheit nicht in Anspruch genommen wird, soweit sie zu Lasten des gebundenen Vermögens erfolgen würde.²²⁷

2. Rechtsfolge des Sicherheitsgeschäfts wegen Verstoßes gegen §§ 57 ff. AktG

a) Die Pflichten des begünstigten Aktionärs

Wie oben geschildert, treten die Rechtsfolgen auf zwei Ebenen auf, nämlich die sicherungsrechtliche Pflicht zur Freistellung bzw. Rückzahlung einerseits und die Haftung aus dem Recht der Kapitalerhaltung andererseits.

(1) Der Aktionär als Hauptschuldner des Bankkredits ist nach §§ 670, 257, 775 BGB nach der Bestellung der Sicherheit unter dem Verlangen der sicherungsgebenden AG verpflichtet, diese von ihrer Verbindlichkeit freizustellen. Er kann sich entscheiden, auf welche Weise die Freistellung der AG durchzuführen ist. Nachdem die Sicherheit verwertet wird, geht die Rückzahlungsforderung der Bank nach § 774 BGB auf die AG über, wonach der Aktionär der AG gegenüber zur Rückzahlung des Kredits verpflichtet ist.

²²⁴ Hippeli, NJOZ 2009, 2197, 2201.

²²⁵ Hippeli, NJOZ 2009, 2197, 2201.

²²⁶ Vgl. auch Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6, Rn. 137, m.w.N.; Tillmann, NZG 2008, 401, 404.

²²⁷ Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6, Rn. 138, m.w.N.

(2) Nach oben Geschildertem wird der AG aus § 57 AktG AG das Recht eingeräumt, die versprochene Leistung zu verweigern. Nach der Haftungskreditkonzeption stellt die Valutierung des Haftungskredits, nämlich die Bestellung der Sicherheit, eine Leistung in diesem Sinn dar. Danach kann die AG beim Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr sich weigern, die vereinbarte Sicherheit zu bestellen. Wurde die Sicherheit schon bestellt, steht der AG dann neben dem Ausgleichsanspruch aus § 62 AktG ein sicherungsrechtlicher Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch zu. Ob die Bestellung der Sicherheit in diesem Fall noch rückgängig gemacht werden kann, wird im Folgenden erörtert.

(3) Nach § 62 AktG ist der begünstigte Aktionär, wie oben erörtert, dazu verpflichtet, die Schmälerung des gebundenen Vermögens durch die verbotene Rückgewähr auszugleichen. Im vorliegenden Sachverhalt besteht jedoch vor der Verwertung der Sicherheit noch keine tatsächliche Schmälerung, sondern eine Gefahr der Schmälerung.²²⁸ Nach der z.T. im Schrifttum vertretenen Ansicht ist eine Ausgleichspflicht des Aktionärs insoweit so zu verstehen, dass er solche Schmälerungsgefahr beseitigen muss, etwa durch die Gewährung einer vollwertigen Gegenleistung²²⁹ oder Gegensicherung.²³⁰ Nach Erlass des MoMiG hat dies wenig praktische Relevanz, da eine verbotene Rückgewähr i.S.d. § 57 AktG nur dann vorliegen kann, wenn der Rückgriffsanspruch nicht vollwertig ist, etwa der Aktionär, wie oben erörtert, im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit zahlungsunfähig ist. In diesem Fall kann auch der Ausgleichsanspruch aus § 62 AktG nicht gewährleistet werden, damit die dadurch zu erreichende Funktion des Gläubigerschutzes ins Leere läuft.²³¹

b) Auswirkung zu Lasten der sicherungsnehmenden Bank?

aa) Ausgangspunkt

Das Prinzip der Kapitalerhaltung dient in erster Linie dazu, dass das den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber als Garantiefond fungierende gebundene Vermögen der AG nicht ungerechtfertigt dem Aktionär zurückgewährt wird, wobei die Vorschriften sich im Grunde genommen gegen den Aktionär richten. Möglicherweise könnte sich das Recht der Kapitalerhaltung unter bestimmten Voraussetzungen auf einen Dritten,

²²⁸ Mülbert spricht von einer Verfügungsmöglichkeit des Vermögens der AG, die zurückzugewähren ist, s. ders., ZGR 1995, 578, 600.

²²⁹ Wie z.B. einen gegenkäufigen Haftungskredit, vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 600.

²³⁰ Vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 600.

²³¹ Vgl. auch Mülbert, ZGR 1995, 578, 579.

dem die Leistung zugewandt ist, auswirken. Zu erörtern ist auch die mögliche Anwendung des Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruchs gegen den Sicherungsnehmer.

bb) Die Rechtsfolgen nach dem Recht der Kapitalerhaltung:

(1) Der Rückerstattungs- bzw. Ausgleichsanspruch:

Wie schon erörtert, stellt schon das Versprechen der AG zur Sicherheitenbestellung für einen Bankkredit an den Aktionär, nämlich der Auftrag bzw.

Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der AG und dem Aktionär, eine verbotene Einlagenrückgewähr i.S.d. § 57 AktG dar. Die Bestellung der Sicherheit stellt nur die Valutierung des Haftungskredits zwischen der AG und dem Aktionär dar, die neben dem Sicherungsrecht zu anderen Rechtsfolgen aus dem Recht der Kapitalerhaltung führt. In diesem Sinne steht der Rückerstattungs- bzw. Ausgleichsanspruch aus § 62 AktG im Prinzip lediglich dem Aktionär gegenüber. Eine Leistung an einen Dritten kann zwar als eine an den Aktionär gewährte Leistung betrachtet werden, wenn dieser Dritte dem Aktionär nahesteht. Dies besteht jedoch nur auf der Ebene der tatbestandlichen Voraussetzung der verbotenen Rückgewähr und berührt nicht die Tatsache, dass die Rechtsfolge sich auf dem Aktionär beschränkt. Nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung haftet die sicherungsnehmende Bank ausnahmsweise nach § 62 AktG, wenn sie an der verbotenen Einlagenrückgewähr in Kenntnis der Situation mitgewirkt hat²³². Diese Meinung ist jedoch nicht anzunehmen. Denn die Vorschriften enthalten keine subjektiven Elemente. Außerdem handelt es sich dabei um den Fall der Kollusion²³³ und ist nicht mit der Kapitalerhaltung zu verwechseln.

(2) Das Verweigerungsrecht:

Beim Vorliegen einer verbotenen Rückgewähr steht der AG nach § 57 AktG das Recht zu, die versprochene Leistung, also im vorliegenden Sachverhalt die Sicherheitenbestellung, zu verweigern. Es ist unstrittig, dass das Verweigerungsrecht stets in Anspruch genommen werden kann, bevor die Leistung erbracht wird. Fraglich bleibt allerdings, ob die AG nach dem Bestellungsakt die Verwertung der Sicherheit verweigern kann.

Nachdem die Sicherheit bestellt wird, kann die Bank als Gläubiger des Aktionärs über das Vermögen der AG verfügen. Hierin besteht ein Interessenkonflikt zwischen dem Gläubiger der AG und den Aktionären. Im Schrifttum vor allem des GmbH-Rechts

²³² Vgl. auch Lutter, AktG, § 57 Rn. 73. Ausführliches s. unten über den Fall der Kollusion.

²³³ Horn, Bürgschaft, in Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 122, m.w.N. Unter solcher subjektiven Voraussetzung kommt nach § 138 BGB eventuell die Nichtigkeit des Grund- bzw. Sicherungsgeschäfts vor, das das Verweigerungsrecht der AG überflüssig macht.

wird zum Teil ein solches Verweigerungsrecht gegen den Sicherungsgläubiger bejaht,²³⁴ unter der Voraussetzung, dass die Bank um diese Konsequenz wusste oder ihr zumindest fahrlässige Unkenntnis zur Last gelegt wird.²³⁵ Ein Verweigerungsrecht gegen die sicherungsnehmende Bank sei unter dieser Überlegung erforderlich, weil die (drohende) Verwertung der Sicherheit häufig in dem Moment vorkommt, in dem der Aktionär sich in einer wirtschaftlich angespannten Situation befindet, wobei der Ersatzanspruch der AG auch nicht mehr erfüllt werden kann.²³⁶

Diese Ansicht ist jedoch nicht anzunehmen.²³⁷ Denn bei dieser Überlegung steht die Kenntnis der sicherungsnehmenden Bank über die wirtschaftliche Situation des Aktionärs im Vordergrund²³⁸, jedoch sind solche subjektiven Elemente im Recht der Kapitalerhaltung, wie oben schon erwähnt, nicht erforderlich. Unter solcher Voraussetzung geht es eher um die Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit des Sicherungsgeschäfts. Außerdem entspricht die Entziehung einer Realsicherheit nach der Bestellung nicht dem allgemeinen Sachenrecht.²³⁹ Darüber hinaus kann hinsichtlich der Interessenabwägung zwischen dem Gesellschaftsgläubiger und dem Sicherungsgläubiger auch nichts anderes vorkommen. Wie die oben geschilderte Folgerung liegt eine verbotene Rückgewähr nur dann vor, wenn der Aktionär bei der Bestellung der Sicherheit zahlungsunfähig ist bzw. der Rückgriffsanspruch nicht vollwertig ist. Insofern kann der Gläubiger der AG seine Interessen zwar weder durch das Verweigerungsrecht noch bei Verwertung der Sicherheit durch den Rückerstattungs- bzw. Ausgleichsanspruch aus § 62 AktG bewahren. Auch die Rückgriffsansprüche aus §§ 670, 257, 775, 774 BGB werden nicht mehr gewährleistet. Allerdings kann das Vermögen der AG möglicherweise durch einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Mitglieder des Vorstands wegen Pflichtverletzung geschützt werden, damit indirekt ein Gläubigerschutz geboten wird.

cc) Die Rechtsfolgen nach bürgerlichem Recht?

Nach §§ 670, 257, 775 BGB kann die sicherungsgebende AG zwar unter bestimmten Voraussetzungen verlangen, sich von der Sicherungsbindung zu befreien. Allerdings steht ihr dieser Anspruch lediglich gegenüber dem Aktionär als Hauptschuldner zu und ist nicht der Bank als Sicherungsgläubiger entgegenzuhalten. Außerdem hat der

²³⁴ Diese Ansicht verbreitet sich vor allem in Praktikerkreisen. In Schrifttum vgl. auch Mülbert, ZGR 1995, 578, 610; Peltzer/Bell, ZIP 1993, 1757, 1761 ff.; Peltzer, GmbHR 1995, 15, 21; Meister, WM 1980, 390, 394 f.; Schön, ZHR 159 (1995), 351, 358; Meinster, WM 1980, 390, 394.

²³⁵ Mülbert, ZGR 1995, 578, 610.

²³⁶ Mülbert, ZGR 1995, 578, 579.

²³⁷ Vgl. vor allem auch Schön, ZHR 1995, 351, 370 m.w.N.; Mülbert, ZGR 1995, 578, 604.

²³⁸ Vgl. Mülbert, ZGR 1995, 578, 581 m.w.N.

²³⁹ Vgl. Schön, ZHR 159 (1995), 351, 358.

Rückgriffsanspruch der AG aus § 774 BGB nichts mit dem Sicherungsgläubiger zu tun. Insofern wirkt sich das Sicherungsrecht nicht bei der sicherungsnehmenden Bank aus. Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, dass die AG auf das Rechtsinstitut des Missbrauchs der Vertretungsmacht zurückgreifen kann und die Sicherheitenbestellung nicht gegen sich gelten lassen muss, wenn für die sicherungsnehmende Bank der Verstoß gegen § 57 evident ist.²⁴⁰ In diesem Fall kennt die Bank auch die missbräuchliche Überschreitung der organschaftlichen Vertretungsmacht des Vorstands der AG und genießt keinen Vertrauensschutz im Hinblick auf den Bestand des Rechtsgeschäfts.

c) Zwischenergebnis

Die Kreditsicherung durch die Gesellschaft kann eine verbotene Einlagenrückgewähr i.S.d. § 57 AktG darstellen. Eine derartige Leistung könnte sogar schon bei Versprechen der AG zur Sicherheitenbestellung vorliegen, indem die AG dem Aktionär einen Haftungskredit, in Form des Auftrags bzw. Geschäftsbesorgungsvertrags, gibt. Allerdings kann eine verbotene Rückgewähr nach der Neufassung in § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG nur dann vorliegen, wenn der Rückgriffsanspruch gegen den Aktionär nicht vollwertig ist. Dies ist stets der Fall, wenn der Aktionär zahlungsunfähig ist. Insofern hat das Verweigerungsrecht aus § 57 AktG keinen Sinn, weil die versprochene Leistung, nämlich die Sicherheitenbestellung, schon tatsächlich erbracht ist. Solche Ansprüche können auch nicht der sicherungsnehmenden Bank entgegengehalten werden. Außerdem könnte die AG zwar nach § 62 AktG von dem begünstigten Aktionär verlangen, den dadurch entstandenen Schaden auszugleichen. Dieser Ersatzanspruch kann auch im Regelfall nicht mehr erfüllt werden, weil beim Vorliegen einer verbotenen Rückgewähr der Aktionär sich in einer wirtschaftlich angespannten Situation befindet.

Der sicherungsrechtliche Freistellungs- bzw. Rückgriffsanspruch aus §§ 670, 257, 775, 774 BGB kann bei Auftreten wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Aktionärs geltend gemacht werden, wobei er nicht mehr gewährleistet wird. Insofern stellt er keine angemessene Gegenleistung gegenüber der Bestellung der Sicherheit durch die AG dar und kann deshalb deren Unzulässigkeit nicht heilen. Die verbotene Rückgewähr durch die Sicherheitenbestellung kann lediglich durch eine angemessene Gegenleistung aufgehoben werden, etwa durch eine gegenwertige Kreditgewährung des Aktionärs an die AG.

²⁴⁰ Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 173 m.w.N.

§ 6 Kreditsicherung entgegen §§ 30 f. GmbHG

In der herkömmlichen Diskussion wird die Kreditsicherung durch die Gesellschaft im GmbH-Recht sowie auch wie im Aktienrecht unter dem Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung behandelt. Auch hier kommen in erster Linie die Vorschriften über die Kapitalerhaltung in Betracht.

I. Der Verbotstatbestand des § 30 Abs. 1 GmbHG

Im Vergleich zur AG ist die GmbH eher personenbezogen ausgestaltet. Dabei tragen die Gesellschafter einerseits mehr Verantwortung, und andererseits braucht das den Gesellschaftsgläubigern als Garantiefonds fungierende Haftungsvermögen nicht so umfangreich wie im Aktienrecht auszufallen.²⁴¹ Die Gesellschafter haben mehr Freiraum zur Verfügung über das Vermögen und Einkommen der Gesellschaft. Dies äußert sich insbesondere in der Vorschrift der Kapitalerhaltung des § 30 Abs. 1 GmbHG, nach dem das Auskehrungsverbot sich lediglich auf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen beschränkt.

Wie im Aktienrecht setzt eine verbotene Auszahlung i.S.d. § 30 Abs. 1 GmbHG voraus, dass dem Gesellschafter ein finanzieller Vorteil aus dem Gesellschaftsvermögen im Gesellschaftsverhältnis eingeräumt wird. Inhaltlich mag dabei kein maßgeblicher Unterschied als zum Aktienrecht bestehen. Unterschiedlich ist, dass bei der Beurteilung der verbotenen Auszahlung im GmbH-Recht noch die Herbeiführung oder Verschärfung der Unterbilanz als tatbeständliche Voraussetzung dazu kommt.²⁴² Dabei ist noch der Ausnahmetatbestand der Neuregelung im MoMiG zu berücksichtigen.

1. Auszahlung i.S.d. § 30 GmbHG

Unstrittig geht es hierbei um Leistungen aller Art, die wirtschaftlich das Gesellschaftsvermögen verringern.²⁴³ Für vorliegende Sachverhalte ist die Frage bedeutsam, ob auch eine schuldrechtliche Verpflichtung eine derartige Auszahlung i.S.d. § 30 GmbHG darstellen kann. Dies wird im Schrifttum des GmbH-Rechts wie im Aktienrecht z.T. bejaht.²⁴⁴ Mit der Annahme des Leistungsverweigerungsrechts als

²⁴¹ Ein genauer Vergleich der Einzelheiten zwischen Aktienrecht und GmbH-Recht, vgl. Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG, § 30 Rn. 13-15.

²⁴² K. Schmidt, GesR, § 37 III 1 b, S. 1130.

²⁴³ Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., 1995, § 30 Rn. 8 m.w.N.

²⁴⁴ Vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 8 m.w.N.

Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 30 GmbHG²⁴⁵ ist diese Ansicht zutreffend.²⁴⁶ Damit ist eine tatsächliche Schmälerung des Gesellschaftsvermögens nicht unbedingt erforderlich. Allerdings bedarf es der Unterbilanz als Sondertatbestand.

2. Entstehung oder Vertiefung der Unterbilanz durch Auszahlung

a) Unterbilanz der GmbH

Die Vermögensbindung im GmbH-Recht, wie oben erwähnt, lässt sich von jener im Aktienrecht unterscheiden. Nicht nur die Bilanzgewinne, sondern auch das übrige Vermögen der GmbH dürfen die Gesellschafter auf sich übertragen, soweit das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen dadurch nicht vermindert wird.²⁴⁷ Somit geht man davon aus, dass hierbei das Reinvermögen gesetzlich gebunden ist.²⁴⁸ Noch deutlicher als im Aktiengesetz ist vorgeschrieben, dass es sich dabei nicht um bestimmte Vermögensgegenstände,²⁴⁹ sondern um eine rechnerische Wertbindung handelt,²⁵⁰ wobei stets zu prüfen ist, ob das Gesellschaftsvermögen durch die Übertragung eines dazu gehörenden Gegenstandes auf einen Gesellschafter rechnerisch-wertmäßig unter die nominelle Stammkapitalziffer sinkt.²⁵¹ Hier wird von einer sog. Unterbilanz gesprochen.²⁵² Auszahlungen, die eine Unterbilanz verursachen oder verschärfen, verstoßen gegen § 30 Abs. 1 GmbHG.²⁵³ Die heute h.M. geht außerdem von einer unmittelbaren Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf die Auszahlung bei Überschuldung der Gesellschaft aus.²⁵⁴

²⁴⁵ Näher dazu s. unten über die Rechtsfolge.

²⁴⁶ Begründung wie bei der oben geschilderten Erörterung des § 57 AktG.

²⁴⁷ Vgl. NJW 1984, 1037; 26.3.1984 = BGHZ 90, 381, 386; BGH ZIP 1997, 1450 f.; Lutter/Hommelhoff, § 30 Rdn. 2 f.; H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30, Rdn. 5; K. Schmidt, GesR, § 37 III 1 c; Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, S. 197; BGH 12.12. 1983; Baumbach/Hueck, § 30 Rn. 7; a.A. spricht für die Bindung gesamten Vermögens einer GmbH wie im Aktienrecht, s. Wilhelm, FS Flume II, S. 337, 373, 375.

²⁴⁸ Also die Aktiva vermindert um die Verbindlichkeiten einschließlich der Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten, vgl. Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. § 30 Rn. 5; Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388 ff., 396 m.w.N.; H. P. Westermann, Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 13.

²⁴⁹ Ein Vorschlag für Ausdehnung der Vermögensbindung auf einzelne Vermögensgegenstände, vgl. H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 16.

²⁵⁰ H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 1; K. Schmidt, GesR, § 37 III 1 c, m.w.N.

²⁵¹ BGHZ 31, 258, 276; BGH NJW 1991, 357; H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 1.

²⁵² BGHZ 31, 258, 268 ff., 276; 60, 324, 328; K. Schmidt, GesR, § 37 III 1 b; a.M. Flume, Juristische Person, § 8 IV 2. Dies gilt auch für verdeckte Gewinnausschüttungen, s. Ebenroth, Die verdeckte Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, 1979, S. 329 m.w.N. Zur Unterbilanz vgl. Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Auflage, 2009, § 30 Rn. 8 ff.

²⁵³ H.M., vgl. auch BGHZ 31, 258, 268 ff.; BGHZ 60, 324, 428.

²⁵⁴ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 17 ff. m.w.N.

b) Beurteilungskriterien bis zum MoMiG

Für vorliegenden Sachverhalt von besonderer Bedeutung ist die Qualifizierung der Auszahlung, die bei der Leistung das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht tatsächlich vermindert. Vor dem Erlass des MoMiG war dabei nach der h.M. im Schrifttum die bilanzielle Betrachtungsweise maßgeblich. Der BGH hat diese Ansicht in seinem November-Urteil²⁵⁵ abgelehnt. Dabei war er davon ausgegangen, dass bei einem im Stadium der Unterbilanz an Gesellschafter gewährten Darlehen eine verbotene Auszahlung i.S.d. § 30 GmbHG a.F. anzunehmen sei, auch wenn der Rückzahlungsanspruch vollwertig war. In diesem Fall ist die Darlehensgewährung zwar als bloßer Aktivtausch bilanzrechtlich neutral, jedoch verbliebe der GmbH im Austausch für das fortgegebene Vermögen nur ein zeitlich hinausgeschobener schuldrechtlicher Rückzahlungsanspruch und die bereits bestehende Unterbilanz würde dadurch noch vertieft werden. Nach Ansicht des BGH greife diese bilanzrechtliche Betrachtungsweise mit Rücksicht auf die Bedeutung des in § 30 Abs. 1 GmbHG a.F. verankerten Kapitalerhaltungsgrundsatzes zu kurz. Nach der Veröffentlichung der Entscheidung entwickelte sich unter Wissenschaftlern und Praktikern eine intensive Debatte. Denn danach waren die weit verbreiteten Cash-Pool -Systeme wegen Verstoßes gegen die Vorschriften der Kapitalerhaltung unzulässig und eine Selbstfinanzierung verbundener Gesellschaften nicht mehr durchführbar, was größte Aufregung in der Wirtschaft und bei ihren Beratern hervorrief.²⁵⁶ Dies führte zu den Neuregelungen des MoMiG.

c) Beurteilungskriterien nach MoMiG

Nach der Neuregelung in § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG stellt eine Leistung keine Auszahlung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen dar, soweit die Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- bzw. Rückgewährungsanspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist oder wenn ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht. In diesem Fall verfügt die Gesellschaft über einen werthaltigen Vermögensgegenstand und die Gläubiger werden nicht stärker gefährdet, als wenn ein entsprechendes Geschäft mit einem Dritten vorgenommen wird.²⁵⁷ Der Gesetzgeber hat in dieser Vorschrift eine Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise gedeutet.²⁵⁸ Danach werden nur Forderungen, deren

²⁵⁵ Urteil vom 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111.

²⁵⁶ Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 1. Aufl., 2008, Rn. 51.

²⁵⁷ Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6, Rn. 103.

²⁵⁸ RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 94: „Rückbesinnung auf die bilanzielle Betrachtungsweise“.

Realisierung gesichert erscheint, in der Bilanz zum Nennwert angesetzt und dürfen damit als vollwertig angenommen werden.²⁵⁹ Dies ist in der Praxis für die Cash-Pooling-Systeme sowie für die Akquisitionsfinanzierung von besonderer Bedeutung. Im Rahmen des Cash-Pool-Systems ist die Abführung der Liquidität an die Muttergesellschaft zivilrechtlich als ein Darlehen und bilanzrechtlich als ein neutraler Aktivatransfer zu qualifizieren, damit ist nach der bilanziellen Betrachtungsweise eine verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen nicht gegeben.²⁶⁰ Gleiches soll bei der Akquisitionsfinanzierung gelten, wobei die zur Kaufpreisfinanzierung an die Erwerbsgesellschaften gewährten Upstream Loans in der Vergangenheit im Regelfall als vollwertige Ansprüche in der Bilanz der Zielgesellschaft ausgewiesen worden sind.²⁶¹ Für die Bestimmung der Vollwertigkeit ist der Zeitpunkt der Darlehensvergabe maßgeblich. Rückzahlungsforderungen gegen den Gesellschafter sind vollwertig, „wenn Solvenz des Gesellschafters im Zeitpunkt der Darlehensvergabe keinen Anlass gibt, an Rückzahlung bei Fälligkeit zu zweifeln.“²⁶² Dagegen verstößt jede Kreditvergabe an den Gesellschafter also gegen § 30 Abs. 1 S.1 GmbHG, „wenn die Aktivierbarkeit des Rückzahlungsanspruchs im Zeitpunkt der Valutierung nur geringsten Zweifeln unterliegt.“²⁶³ Spätere, nicht vorhersehbare Entwicklungen führen nicht zu einer verbotenen Auszahlung.²⁶⁴ Außerdem geht die h.M. davon aus, dass der Rückerstattungsanspruch stets zu 100% aktivierbar sein muss, und zwar auch dann, wenn er theoretisch nur teilweise zur Stammkapitaldeckung erforderlich wäre.²⁶⁵ Jedoch verstößt der kreditweise Rückfluss gebundenen Vermögens an Gesellschafter dann gegen § 30 GmbHG n.F. und kann nicht gerechtfertigt werden, wenn bereits im Zeitpunkt der Valutierung Zweifel an der uneingeschränkten Solvenz des Gesellschafters, die der Aktivierung des Rückerstattungsanspruchs mit 100% entgegenstehen bestehen.²⁶⁶ Für die Beurteilung des Vorliegens einer Unterbilanz maßgeblich ist nicht der Zeitpunkt der Begründung, sondern die Erfüllung der entsprechenden Verbindlichkeit.²⁶⁷

3. Auszahlung aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses

²⁵⁹ Liebscher, in: MünchKommGmbHG, Anhang GmbH-Konzern, Rn. 398.

²⁶⁰ Kindler, NJW 2008, 3249, 3253.

²⁶¹ Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6, Rn. 119. Allerdings ist der Regierungsbegründung der Neuordnung zufolge lediglich bei mit geringen eigenen Mitteln ausgestatteten Erwerbsgesellschaften die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs besonders sorgfältig zu prüfen.

²⁶² Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 19. Auflage 2010, § 30 Rn. 56.

²⁶³ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 97 m.w.N.

²⁶⁴ RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 94.

²⁶⁵ Vgl. Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 98 m.w.N.

²⁶⁶ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 98.

²⁶⁷ Altmeppen, NZG 2010, 401, 405 f.; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, § 30 Rn. 22, 67.

Als weitere Voraussetzung muss die Auszahlung aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses erfolgen (*societatis causa*).²⁶⁸ Dies ist stets der Fall, wenn der Gesellschafter durch die Auszahlung wirtschaftlich begünstigt ist. Maßgebend ist, ob ein Geschäft nach allgemeinen kaufmännischen Grundsätzen zu gleichen Bedingungen auch mit Nichtgesellschaftern abgeschlossen worden wäre, also durch betriebliche Gründe gerechtfertigt wäre.²⁶⁹ Wie im Aktienrecht richtet sich das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG nicht nur gegen die Leistung an die Gesellschafter, sondern auch an einen Dritten, wenn die Auszahlung im Einverständnis des Gesellschafters oder auf seine Anweisung erfolgt.²⁷⁰ Beispiele sind Auszahlungen an einen Hintermann, einen Strohmänn, ein verbundenes Unternehmen, u.s.w.²⁷¹ Für vorliegende Sachverhalte ist noch zu unterscheiden, ob bei der Kreditsicherung durch die Gesellschaft die sicherungsnehmende Bank unmittelbar oder indirekt begünstigt ist. Eine subjektive Erkenntnis über den Gesellschaftercharakter des Auszahlungsempfängers ist hierbei jedoch nicht erforderlich.²⁷² Es reicht schon aus, wenn objektiv gesehen dem Gesellschafter ein Vermögensvorteil eingeräumt wird.

4. Ohne vollwertige Gegenleistungs- bzw. Rückgriffsansprüche

Der Auszahlungstatbestand der Neuregelung im § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG begründet die Vermutung einer verbotswidrigen Entnahme von Gesellschaftsmitteln, die durch den Einwand der Kompensation widerlegt werden kann.²⁷³ Gem. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG liegt eine derartige Kompensation vor, wenn in der GmbH-Bilanz ein offener Gegenleistungsanspruch oder ein Anspruch auf Darlehensrückgewähr aktiviert ist und dadurch eine Auszehrung des Stammkapitals per Saldo ausgeschlossen wird.²⁷⁴ Nach der bilanziellen Betrachtungsweise ist der Gegenleistungs- bzw. Rückgewähranspruch normalerweise vollwertig, wenn der diesem beizulegende Wert den Buchwert im „Zugangszeitpunkt“, also z.B. bei

²⁶⁸ Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, § 30 Rn. 29, 48.

²⁶⁹ Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, § 30 Rn. 52.

²⁷⁰ Rowedder, Fuhrmann(u.A.)-GmbHG, § 30 Rn. 15; vgl. auch Habersack, ZGR 2008, 533, 537 f.

²⁷¹ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 28; H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 28 ff.; Rowedder, Fuhrmann(u.A.)-GmbHG, § 30 Rn. 16.

²⁷² Vgl. H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 27; Rowedder, Fuhrmann(u.A.)-GmbHG, § 30 Rn. 25; Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG, Rn. 74; wohl auch Meister WM 1980, 390, 398. In der Literatur wie auch der Rechtsprechung wird ein subjektiver Tatbestand an der Ausdehnung der Rechtsfolgen aus §§ 30, 31 GmbHG an einen Dritten geknüpft, wobei es ausreicht, dass der Dritte „mit dem Gesellschafter bewusst zum Schaden der Gesellschaft oder der Gläubiger zusammenwirke“, s. Peltzer, GmbHR 1995, 15, 20.

²⁷³ Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 229 f.

²⁷⁴ Dabei wird von dem Vollwertigkeits- und Deckungsgebot gesprochen, s. Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 238 ff.

Kredit an einen Gesellschafter im Zeitpunkt der Kreditvaluierung, nicht unterschreitet.²⁷⁵ Außerdem hat sich die Äquivalenzmessung nach dem Bilanztest zu richten, also muss die Forderung der GmbH wegen Solvenz des Gesellschafters vollwertig sein.²⁷⁶ Der Gesellschafter kann sich dann nicht mit dem Einwand der Kompensation verteidigen, wenn er aufgrund seiner Vermögensverhältnisse nicht ausreichend kreditwürdig und die Einbringung der Darlehensrückforderung nicht anderweitig gesichert ist, da in diesem Fall aufgrund des bei der GmbH entstehenden Abschreibungsaufwands (§ 253 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 S. 2 HGB) eine Wertminderung vorliegt.²⁷⁷

II. Rechtsfolge

Eine Auszahlung aus dem gebundenen Vermögen der Gesellschaft ist grundsätzlich unzulässig, so dass die Gesellschaft ihre Durchführung verweigern kann. Wird sie jedoch geleistet, steht der Gesellschaft nach § 31 GmbHG ein Erstattungsanspruch zu. Wie bei den Bestimmungen im Aktienrecht ist auch im GmbH-Recht bedenklich, ob § 30 GmbHG ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB ist und damit zur Nichtigkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts führt. Für vorliegende Sachverhalte von besonderer Bedeutung ist die Ausdehnungsmöglichkeit solcher Rechtsfolgen auf begünstigte Dritte.

1. Verweigerungsrecht der GmbH

Wie im Aktienrecht entsteht auch bei Verstößen gegen die verbotene Auszahlung im GmbH-Recht ein Verweigerungsrecht der Gesellschaft aus § 30 GmbHG.²⁷⁸ Der Geschäftsführer hat stets vor Erfüllung der versprochenen Auszahlung zu prüfen, ob sie gegen die Vermögensbindung verstößt.²⁷⁹ Dieses Verweigerungsrecht der GmbH entfällt, wenn der begünstigte Gesellschafter die Wertdifferenz ausgleicht. Damit kann er von der GmbH verlangen, die Leistung vertragsmäßig durchzuführen.²⁸⁰

²⁷⁵ Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 241 f.

²⁷⁶ Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 244 f., 247.

²⁷⁷ Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 244.

²⁷⁸ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 378; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, § 30 Rn. 67 m.w.N.; vgl. auch Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 11; K. Schmidt, GesR., § 37 III 2c; Peltzer, GmbHR 1995, 15, 20 jeweils m.w.N.

²⁷⁹ Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 11.

²⁸⁰ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 37 III 2c.

2. Erstattungsanspruch der GmbH nach § 31 GmbHG

Die Vermögensbindung der §§ 30 f. GmbHG sorgt dafür, dass die „Vermögenswerte in Höhe des nominellen Stammkapitals der Gesellschaft den Gläubigern der Gesellschaft ungeschmälert erhalten bleiben.“²⁸¹ Demzufolge kann man davon ausgehen, dass der Rückerstattungsanspruch aus § 31 GmbHG sich nicht auf die Rückgabe des geleisteten Gegenstandes in Natur,²⁸² sondern auf die Wiederherstellung des vor der Auszahlung bestandenen Vermögensstandes richtet, weil nicht ein bestimmter Vermögensgegenstand, sondern die bilanziellen Vermögenswerte der Gesellschaft gesetzlich geschützt sind.²⁸³ Der Leistungsempfänger ist deshalb lediglich dazu verpflichtet, den durch die Leistung entstandenen Vermögensnachteil auszugleichen, nicht aber die Verpflichtungsgeschäfte sowie die Verfügungsgeschäfte rückgängig zu machen.²⁸⁴ Im Fall der verdeckten Gewinnausschüttung hat der Leistungsempfänger dann den Wertunterschied zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch Geldzahlung auszugleichen.²⁸⁵ Abgesehen von der beschränkten Haftung des gutgläubigen Leistungsempfängers nach § 31 Abs. 2 GmbHG ist der zurückzuerstattende Wert bis zur Höhe des Stammkapitals zu ersetzen.²⁸⁶

3. Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts?

Nach h.M. stellt § 30 GmbHG weder ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB²⁸⁷ noch ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB²⁸⁸ dar. Denn beim Verstoß gegen die Vermögensbindung wird im Gesetz Sondersanktion vorgeschrieben.²⁸⁹ Damit lösen die Verstöße gegen §§ 30, 31 GmbHG nur einen Ausgleichsanspruch aus und führen nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts,²⁹⁰ auf dem die Auszahlung der Gesellschaft

²⁸¹ Rowedder, GmbHG, § 31 Rn. 1.

²⁸² K. Schmidt, GesR, § 37 III 2a; a.A. vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 III 1 a), S. 442.

²⁸³ K. Schmidt, GesR, § 37 III 2a, strittig. Die h.M. geht in erster Linie von der Rückgewähr des geleisteten Gegenstandes aus, soweit er noch vorhanden ist, vgl. Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 31 Rn. 2; Rowedder, GmbHG, § 31 Rn. 9 m.w.N.

²⁸⁴ K. Schmidt, GesR, § 37 III 2b; ders., ZGR 1980, 576; a.M. Wilhelm, FS Flume II, 1978, S. 364.

²⁸⁵ Vgl. Rowedder, GmbHG, § 31 Rn. 9; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 31 Rn. 13; Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 31 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 31 Rn. 7; a.A. Gessler, FS Fischer, 1979, S. 131, 142.

²⁸⁶ Westermann, Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 23.

²⁸⁷ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 378; K. Schmidt, GesR., § 37 III 2c m.w.N.; Baumbach/Hueck, § 30 Rdnr. 21; Josst, ZHR 148 (1984), 30; a.M. Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG, 7. Aufl., § 30 Rdnr. 8.

²⁸⁸ Vgl. BGHZ 110, 342, 359 f. = 1990, 1725; K. Schmidt, GesR., § 37 III 2c, S. 1137.

²⁸⁹ Weitere Begründungen vgl. Peltzer, GmbHR 1995, 15, 20; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 37.

²⁹⁰ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, Anhang nach § 31 Rn. 4; Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 11 f., 23. Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 27, jeweils m.w.N.; a.A. vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 III 1 a), S. 442; Canaris, FS Fischer, 1979, S. 33.

beruht. Auch bei der verdeckten Gewinnausschüttung, bei der der verbotenen Auszahlung ein Vertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zugrunde liegt, kommt eine Nichtigkeit dieses Vertrags nach Rechtsprechung und h.M. im Schrifttum grundsätzlich nicht in Betracht.²⁹¹ Dies ist im Ergebnis nicht anders als die Ansicht der h.M. im Aktienrecht, insbes. hinsichtlich der Annahme der Rechtsfolge aus gesellschaftsrechtlichen Vorschriften. In dem Fall, in dem sich die Vertragspartner in bewusstem Zusammenwirken zum Schaden der Gläubiger über das Kapitalerhaltungsgebot hinwegsetzen, kann der Vertrag nichtig sein, wobei dies jedoch im Anwendungsbereich des § 138 BGB liegt²⁹².

4. Ausdehnung der Rechtsfolgen auf Dritte?

Für die sicherungsnehmende Bank ist die Frage von besonderer Bedeutung, ob sich die Regelungen des Auszahlungsverbots auch auf den dadurch begünstigten Dritten erstrecken können. Nach dem Wortlaut des § 30 Abs. 1 GmbHG werden die Auszahlungen an die Gesellschafter ausdrücklich vom Gesetz erfasst. In der Literatur allgemein anerkannt ist, dass auch die Leistungen, die “causa societatis”, also aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses an einen Dritten, erbracht werden, zur verbotenen Auszahlung zählen.²⁹³ Solche Umgehungsfälle liegen dann vor, wenn die Zahlungen an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten²⁹⁴ oder an einen Dritten, der sich des Gesellschafters als Treuhänder bedient,²⁹⁵ oder auf Rechnung des Gesellschafters an einen Dritten²⁹⁶ – etwa seine Gläubigerbank – geleistet werden. Auch Leistungen an juristische Personen, die unter dem maßgeblichen Einfluss des Gesellschafters stehen, sollen unter §§ 30 f. GmbHG fallen.²⁹⁷ Dies bedeutet jedoch nicht unbedingt, dass der begünstigte Dritte auch für die Wiederherstellung des Vermögensstandes der GmbH verantwortlich ist.²⁹⁸

²⁹¹ BGHZ 113, 241, 243 f.; 133, 393, 395; 168, 292, 302; BGHZ 69, 274, 280; 81, 365, 367 f.; 95, 188, 191 f.; BGH GmbH 1987, 390, 391; Westermann, Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 10 f.; Baumbach/Hueck, § 30 Rn. 21; Lutter/Hommelhof, § 30 Rn. 32; Meister WM 1980, 390, 396 f.; Joost, ZHR 148 (1984); 27, 30 ff., je m.w.N.

²⁹² Vgl. Raiser, § 37 Rdn. 15; Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 11.

²⁹³ K. Schmidt, GesR., § 37 III 1e; Winter, ZHR 148 (1984), 579, 590 m.w.N.

²⁹⁴ Winter, ZHR 148 (1984), 579, 590.

²⁹⁵ BGHZ 31, 258, 266 f.; 107, 7, 12; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, Anhang nach § 31 Rn. 12.

²⁹⁶ BGHZ 60, 324, 330; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 20 Rdn. 17; Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 28 ff.; Rowedder, GmbHG, § 31 Rn. 5.

²⁹⁷ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaft, § 37 Rdn. 9, S. 411; Schneider, ZGR 1985, 279; Canaris, FS Fischer, 31, 41 ff.; Winter, ZHR 148 (1984), 579, 590.

²⁹⁸ Zur Streitigkeit darüber vgl. K. Schmidt, GesR., § 37 III 2e, m.w.N.

a) Der Rückerstattungsanspruch

aa) Meinungsstand in der Literatur:

Zu der Frage, ob sich die Rückerstattungspflicht auch auf einen Dritten erstrecken kann, sind die Meinungen in der Literatur unterschiedlich. Einer in der Literatur vertretenen Meinung²⁹⁹ nach beschränkt sich die Rückerstattungspflicht aus § 31 GmbHG lediglich auf die Gesellschafter, auch wenn die Leistung an einen ihnen nahestehenden Dritten erbracht wird, während ein anderer Teil der Lehre davon ausgeht, dass jeder Empfänger einer verbotswidrigen Leistung als Verpflichteter anzusehen ist und deshalb der Dritte allein oder zusätzlich neben dem Gesellschafter zur Rückerstattung heranzuziehen sein soll,³⁰⁰ wobei die Heranziehung der §§ 30, 31 GmbHG die Bösgläubigkeit, also u.U. auch schon die grobe Fahrlässigkeit, des Dritten voraussetzt.³⁰¹ Ein Mittelweg wird ebenfalls vorgeschlagen, wobei diese Vorschriften nur ausnahmsweise dem Dritten zur Anwendung kommen können, wenn eine besondere Zurechnungsbeziehung, wie z.B. oben genanntes Treuhandverhältnis, nahe Verwandtschaft³⁰² und verbundene Unternehmen,³⁰³ zwischen dem Dritten und einem Gesellschafter besteht, oder wenn der Dritte mit dem Gesellschafter bewusst zum Schaden der Gesellschaft oder der Gläubiger zusammenwirkte.³⁰⁴

bb) Die BGH-Entscheidungen

Der BGH hat schon in seinen früheren Entscheidungen eine Ausdehnung der §§ 30, 31 GmbHG grundsätzlich abgelehnt.³⁰⁵ In anderen BGH-Entscheidungen³⁰⁶ wird allerdings für die Umgehungsfälle die Anwendbarkeit der Vermögensbindungsvorschriften auf einen Dritten anerkannt. Dazu gehören die Leistungen an Dritte unter einem besonderen Zurechnungsverhältnis, etwa Treuhandverhältnis,³⁰⁷ naher Verwandtschaft³⁰⁸ oder Konzernverhältnis, und die mit dem bewusst schädigenden Zusammenwirken des Dritten.³⁰⁹

²⁹⁹ Vgl. Sonnenhol/Stützle, WM 1983, 2, 3 m.w.N.

³⁰⁰ Vgl. Meister, WM 1980, 395 m.w.N..

³⁰¹ Z.B. Canaris, FS Fischer, 1979, S. 54 ff.; Meister, WM 1980, 398 ff.

³⁰² K. Schmidt, GesR., § 37 III 2 e.

³⁰³ Vgl. Winter, ZHR 148 (1984), 579, 590; Canaris, FS Fischer, 1979, S. 43 f.

³⁰⁴ Fleck, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 406, in Anlehnung an BGH WM 1982, 1402.

³⁰⁵ Vgl. BGH WM 1968, 570; BGH AG 1981, 227; BGH WM 1981, 1270; BGH WM 1982, 1402.

³⁰⁶ Dazu BGHZ 31, 258, 266 f.; 75, 334, 335 f.; 81, 365 f.; 107, 7, 12.

³⁰⁷ Vgl. BGH WM 1981, 1200, 1201; 1270, 1271.

³⁰⁸ WM 1983, 2, 4 Fn. 32; BGH WM 1981, 1270, 1271, für Leistung an den Ehegatten oder an minderjährige Kinder eines Gesellschafters.

³⁰⁹ Vgl. BGH WM 1982, 1402.

cc) Stellungnahme

Zwar ist der Ansicht zuzustimmen, dass die Vermögensbindung auch die Umgehungsgeschäfte zu verhindern hat. Deren Schutzzweck darf allerdings nicht überschritten werden. Die Vorschriften der Kapitalerhaltung dienen dazu, das Gesellschaftsvermögen vor dem Zugriff der Gesellschafter zu bewahren. Damit ist ein Dritter nur dann zur Rückerstattung nach § 31 GmbHG verpflichtet, wenn er wirtschaftlich mit dem Gesellschafter identisch ist. Demzufolge erstrecken sich §§ 30, 31 GmbHG auch auf einen Dritten als Leistungsempfänger, der auf Rechnung des Gesellschafters handelt oder dem Gesellschafter nahe steht, oder als ein verbundenes Unternehmen des Gesellschafters zu betrachten ist. Es fehlt dann an einer wirtschaftlichen Identität eines Dritten, wenn er wegen eigener Interessen bewusst mit dem Gesellschafter an der Schädigung der Gesellschaft oder deren Gläubiger mitwirkt. Der Einbeziehung eines Dritten nach den BGH-Entscheidungen, in denen der Dritte bewusst mit dem Gesellschafter an der Schädigung der Gesellschaft und ihrer Gläubiger mitwirkt, ist nicht zu folgen. Denn §§ 30, 31 GmbHG setzen keine subjektiven Elemente voraus. Unter solchen Umständen liegt dann ein Fall der Gläubigergefährdung vor und diese fällt damit unter § 826 BGB.³¹⁰ Zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger reicht das Verbot des Sittenverstoßes schon aus.³¹¹

b) Das Leistungsverweigerungsrecht

Der Gesellschaft steht ein Leistungsverweigerungsrecht zu, bevor die Leistung tatsächlich erbracht wird. Dieses Verweigerungsrecht beruht, wie oben erörtert, auf § 30 GmbHG und ist, wie der Erstattungsanspruch, auch lediglich gegenüber dem Gesellschafter geltend zu machen. Dies gilt auch für die Leistungen an einen Dritten. Wird zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter vereinbart, dass die Gesellschaft zur Leistung an einen Dritten verpflichtet ist, ist die Gesellschaft vor der tatsächlichen Erbringung der Leistung zur Verweigerung berechtigt, auch gegen das Verlangen des begünstigten Dritten, da es sich dabei um einen Vertrag zugunsten eines Dritten handelt, wobei der Dritte keinen unmittelbaren Anspruch gegenüber der Gesellschaft hat. Liegt eine verbotene Leistung in einem Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Dritten vor, kann die Gesellschaft auch die Leistung verweigern, wenn eine besondere Zurechnungsbeziehung zwischen dem Gesellschafter und dem Dritten besteht. Im sonstigen Fall kann das

³¹⁰ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anhang nach § 31 Rn. 15; Sonnenhol/Stützle, WM 1983, 2, 5, jeweils m.w.N.

³¹¹ A.A. vgl. Sonnenhol/Stützle, WM 1983, 2, 5.

Verweigerungsrecht nicht dem Dritten entgegengehalten werden.³¹²

III. Kreditsicherung durch die Gesellschaft und die Kapitalerhaltungsregelung des § 30 GmbHG

1. Die Qualifizierung der Kreditsicherung durch die Gesellschaft im Rahmen des § 30 GmbHG

a) Kreditsicherung durch die Gesellschaft und die Auszahlung i.S.d. § 30 Abs. 1 GmbHG

aa) Sicherheitenbestellung als Auszahlung i.S.d. § 30 Abs. 1 GmbHG

Die Auszahlungen i.S.d. §§ 30 f. GmbHG umfassen, wie oben erörtert, nicht nur die tatsächliche Vermögenstransformationen, sondern auch die schuldrechtlichen Verpflichtungen.³¹³ Durch die Bestellung der Sicherheiten, gleichgültig ob es dabei um eine Personalsicherheit oder Realsicherheit geht, verpflichtet sich die Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen zur Leistung an den Sicherungsnehmer, wobei dem kreditnehmenden Gesellschafter gleichzeitig ein Vermögensvorteil eingeräumt wird.³¹⁴ Insofern könnte auch die Sicherheitenbestellung eine verbotene Auszahlung darstellen, wenn dadurch eine Unterbilanz entsteht oder verschärft wird.³¹⁵ Diese Ansicht vertreten sowohl die Rechtsprechung³¹⁶ als auch die h.M. im Schrifttum.³¹⁷

bb) Unterbilanz durch Sicherheitenbestellung

Im typischen Fall der sog. verdeckten Gewinnausschüttung wird die Auszahlung nicht

³¹² Vgl. Sonnenhol/Stützle, WM 1983, 2, 3 f.

³¹³ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 29; Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 11; vgl. auch Schrell/Kirchner, BB 2003, 1451, 1454.

³¹⁴ Peltzer, GmbHR, 1995, 15, 17 m.w.N.

³¹⁵ Vgl. Ekkenga, in: Münchener Kommentar GmbHG, § 30, Rn. 253; Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 127 m.w.N.; Habersack/Schürnbrand, NZG 2004, 689, 695.

³¹⁶ BGHZ 138, 291, 301 f. = NJW 1998, 2592; RGZ 80, 148; 133, 395; 136, 264; 168, 297; 146, 96; OLG Koblenz AG 77, 231; OLG Düsseldorf, BB 80, 1343; BGH WM 82, 1402.

³¹⁷ Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 147; *Bayer/Lieder*, ZGR 2005, 133, 144; Diem, ZIP 2003, S. 1283, 1285; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 30 Rn. 20, 27; Mülbert, ZGR 1995, 578 ff.; Westermann, Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 31 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 26 ff.; Canaris, FS Fischer, 1979, S. 46 ff.; Meister, WM 80, 390; Peltzer/Bell, ZIP 1993, 1757; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 Rn. 18.; Schön, ZHR 1995, 351, 356; K. Schmidt, GesR., § 37 III 1c; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 440; Sonnenhol/Stützle, DB 1979, 925 ff.; ders., WM 1983, 2 ff.; Meister, WM 1980, 390 ff.; Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen – Besicherung und Vertragsanpassung, 1992, S. 36 ff.; a.A. gegen die Annahme einer verbotenen Auszahlung bei einer dadurch entstehenden Unterbilanz, vgl. Goette, DStR 2006, 767, 768.

durch einseitige Leistung, sondern aufgrund eines gegenseitigen Rechtsgeschäfts mit dem Gesellschafter durchgeführt. Wie oben erörtert, ist bei der Qualifizierung eines sog. Drittgeschäfts als eine verdeckte Gewinnausschüttung stets zu prüfen, ob die Leistung der Gesellschaft mit der Gegenleistung des Gesellschafters in einem angemessenen Verhältnis steht. Eine verbotene Auszahlung liegt in solchen Fällen nur dann vor, wenn eine solche Angemessenheit nicht ermittelt werden kann und damit eine Unterbilanz besteht oder verschärft wird. Freilich ist dies bei der Qualifizierung einer verbotenen Auszahlung i.S.d. § 30 GmbHG nicht relevant. Stattdessen ist der oben geschilderte Sondertatbestand von Unterbilanz im Rahmen des § 30 GmbHG maßgeblich.

Die Entwicklung der dazu maßgeblichen Ansicht ist oben schon erörtert. Denn die Kreditsicherung durch die Gesellschaft stellt im Regelfall lediglich eine für das Kapitalerhaltungsrecht irrelevante Gefährdung des Gesellschaftsvermögens dar, die nach § 251 HGB lediglich unter der Bilanz zu vermerken ist.³¹⁸ Bis zum Novemberurteil war der Einsatz von Vermögensgegenständen einer GmbH als Sicherungsmittel zugunsten ihrer Gesellschafter nach der h.M. bilanzneutral und unter Kapitalerhaltungsgesichtspunkten unproblematisch, so dass eine Auszahlung erst dann vorliegt, wenn die Sicherheit in Anspruch genommen wurde oder wegen drohender Verwertung eine bilanzwirksame Rückstellung zu bilden sei³¹⁹ und dadurch eine Unterbilanz entstehe.

Durch die dem Novemberurteil zugrunde liegende Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise wurde die Zulässigkeit der Kreditsicherung durch die Gesellschaft jedoch in Frage gestellt.³²⁰ Im Schrifttum wurde z.T. die Erwägung des BGH zur Darlehensgewährung auf die Sicherheitenbestellung übernommen.³²¹ Da bereits durch die Bestellung liquide Haftungsmasse entzogen wird, während die Gesellschaft lediglich einen zeitlich hinausgeschobenen schuldrechtlichen Rückgriffsanspruch gegen den begünstigten Gesellschafter erwirbt, konnte die Kreditsicherung durch die Gesellschaft auch bei Vorliegen eines vollwertigen Rückgriffsanspruchs als verbotene Auszahlung im Sinne des § 30 GmbHG a.F. bewertet werden.

Wie oben erwähnt, kehrt die Neufassung des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zur bilanziellen Betrachtungsweise zurück. Demzufolge stellt die Bestellung einer

³¹⁸ Habersack/Schürnbrand, NZG 2004, 689, 696 m.w.N.

³¹⁹ Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6, Rn. 98.

³²⁰ Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6, Rn. 98, 120.

³²¹ Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6, Rn. 98, 124. Zu dinglichen Sicherheiten von der h.M. bejaht, s. *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004, 689, 696; *Schilmar*, DB 2004, 1411, 1415; *Wessels*, ZIP 2004, 793, 794; zur Problematik bei schuldrechtlichen Sicherheiten *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004, 689 ff.

Sicherheit keine Gefährdung des Gesellschaftsvermögens im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG dar, wenn die Gesellschaft, nach bilanzieller Bewertung, einen vollwertigen Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter hat (§ 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG),³²² wobei die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs nach den allgemeinen Bilanzierungsgrundsätzen zu ermitteln ist.³²³ Nach diesen Grundsätzen ist der Rückgriffsanspruch als vollwertig zu betrachten, „wenn die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters und damit die Einbringlichkeit der Forderung nicht in Frage gestellt ist, und insofern bilanziell kein Abwertungsbedarf für den Rückgewähranspruch besteht (§ 253 Abs. 3 Satz 3 HGB)“.³²⁴ Die Vollwertigkeit dürfte in solchen Fällen regelmäßig zu verneinen sein, in denen der Gesellschafter eine mit geringen Mitteln ausgestattete Erwerbergesellschaft beim Unternehmenskauf ist, oder in denen die Durchsetzbarkeit der Forderung aus anderen Gründen absehbar in Frage gestellt ist.³²⁵ Dies ist bei der typischen Akquisitionsfinanzierung regelmäßig der Fall, weil es dabei häufig am eigenen operativen Geschäft und an eigener Vermögensmasse der Erwerbergesellschaft mangelt.³²⁶ Insofern ist weiter zu prüfen, ob eine Unterbilanz durch die Kreditsicherung durch die Gesellschaft verursacht oder vertieft wird.³²⁷

b) Entstehenszeitpunkt

Bei einer Leistung durch die Bestellung einer Sicherheit ist für die Qualifizierung einer verbotenen Auszahlung dann weiter zu fragen, ob auf die Bestellung oder erst auf die tatsächliche Inanspruchnahme bzw. die Bildung einer Rückstellung wegen drohender Inanspruchnahme abzustellen ist. Diese Frage ist im GmbH-Recht stark umstritten.³²⁸

aa) Meinungsstand bis zum MoMiG

(1) Versprechen zur Sicherheitenbestellung

Wie oben erwähnt, liegt eine verbotene Auszahlung nach Meinung der z.T. im Schrifttum vertretenen Lehre schon vor, wenn die Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter eine schuldrechtliche Verpflichtung eingeht³²⁹. Demzufolge kann die

³²² Berger, in Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7, Rn. 115.

³²³ S. die Regierungsbegründung, RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 41.

³²⁴ Berger, in Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7, Rn. 116 m.w.N.

³²⁵ So die Regierungsbegründung, s. RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 41.

³²⁶ Diem, Akquisitionsfinanzierungen, 2005, § 44, Rn. 26.

³²⁷ Vgl. Drygala/Kremer, ZIP 2008, 1289, 1292; Freitag, WM 2007, 1681, 1685.

³²⁸ Vgl. Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6 Rn. 133; Heidinger, in: Michalski GmbHG, § 30, Rn. 90, jeweils m.w.N.

³²⁹ Vgl. z.B. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 8; Joost, ZHR 84, 31; a.A. Westermann, in:

Kreditsicherung durch die Gesellschaft schon bei der Bestellung der Sicherheit gegen die Kapitalbindung verstoßen³³⁰, soweit dies zur Entstehung oder Verschärfung der Unterbilanz führt.

(2) Die Bestellung der Sicherheit

Im Schrifttum wird z.T. die Meinung vertreten, dass die Auszahlung i.S.d. § 30 GmbHG a.F. in der Erfüllung der Pflichten aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag liegt,³³¹ so dass bei der Kreditsicherung durch die Gesellschaft die verbotene Auszahlung in der Bestellung der dinglichen oder schuldrechtlichen Sicherheit für den Gläubiger des Gesellschafters zu vermuten ist.³³² Auch unter der Ansicht der h.M. bis zum November-Urteil³³³ sollte es dann nicht auf die bilanzielle Betrachtungsweise ankommen, wenn bei Auszahlung bereits eine Unterbilanz bestand.³³⁴ In diesem Fall lag die Vermögensminderung und damit die verbotene Auszahlung bereits in der Bestellung der Sicherheit.³³⁵ Dies sollte sich auch nicht ändern, nachdem der BGH mit dem November-Urteil die bilanzielle Betrachtungsweise abgelehnt hatte. Danach sollte auch bereits die Bestellung der Sicherheit gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG a.F. verstoßen, wenn aufgrund der Bestellung eine Unterbilanz entstand und damit die Inanspruchnahme der Sicherheit aus freiem Vermögen der GmbH nicht möglich war.³³⁶ Auch bei anderen Entscheidungen ging der BGH davon aus, dass eine Einlagenrückgewähr schon durch die Bestellung der Sicherheit vorlag, da dabei eine Einschränkung der Befriedigungsmöglichkeiten für die Gläubiger eintrat.³³⁷

(3) Drohende bzw. tatsächliche Verwertung der Sicherheit

Bestand bei Auszahlung noch keine Unterbilanz, so war nach der bisher h.M. mit der bilanziellen Betrachtungsweise bei der Prüfung einer Kreditsicherung durch die Gesellschaft als verbotene Auszahlung auf die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der Sicherheit abzustellen, da die Bestellung der Sicherheit erst dann bilanzierungspflichtig war, wenn die Inanspruchnahme durch den

Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 12.

³³⁰ Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 8 m.w.N.

³³¹ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 15.

³³² Schön, ZHR 1995, 351, 357 m.w.N.; vgl. auch Drygala/Kremer, ZIP 2008, 1289, 1295; Freitag, WM 2007, 1681, 1685; a.A. Tillmann, NZG 2008, 401, 404 f.

³³³ BGH, Urteil vom 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, NJW 2004, 1111.

³³⁴ S. Berger, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7, Rn. 113.

³³⁵ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 30 Rn. 28; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 35.

³³⁶ Berger, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7, Rn. 114 m.w.N.

³³⁷ BGH NJW 76, 751 (für KG); in die gleiche Richtung geht auch schon BGHZ 81, 311, 321 – Sonnenring.

Sicherungsnehmer objektiv wahrscheinlich war und daher bei gewissenhafter kaufmännischer Beurteilung eine Rückstellung zu bilden gewesen wäre.³³⁸ Dabei wurde der Rückgriffsanspruch zugleich mit der Passivierung der Rückstellung aktiviert, durch die Aktivierung dieses Anspruchs das Entstehen einer Unterbilanz verhindert, wenn der Rückgriffsanspruch werthaltig war.³³⁹ Allerdings wurde in diesem Fall der Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter entwertet, so dass eine bilanzwirksame Vermögensminderung eintrat.³⁴⁰

Zwar ist für vorliegende Sachverhalte nach der Ansicht des November-Urteils, wie gerade erwähnt, auf die Bestellung der Sicherheit abzustellen. Jedoch hat der BGH in einem Urteil aus dem Jahr 2007 betont, dass bei bilanzieller Betrachtungsweise spätestens der Zeitpunkt der Verwertung der Sicherheit als Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG a.F. anzusehen ist.³⁴¹ Insofern scheint auch der BGH auf den späteren Zeitpunkt der drohenden oder tatsächlichen Inanspruchnahme abzustellen, in welchem die Sicherheit bilanzwirksam wird.

Zu beachten ist, dass nach der bilanziellen Betrachtungsweise eine verbotene Auszahlung auch schon im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit vorliegen kann, wenn zu dieser Zeit die Inanspruchnahme der Sicherheit als sehr wahrscheinlich anzusehen ist³⁴². Allerdings ist auch in diesem Fall die drohende Inanspruchnahme der Sicherheit maßgeblich.

bb) Rechtslage nach dem MoMiG

Wie im Aktienrecht ist zum Beurteilungszeitpunkt der verbotenen Auszahlung i.S.d. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zum einen die Frage maßgebend, wann eine Belastung auf das Gesellschaftsvermögen im Fall der Sicherung durch eine GmbH zugunsten ihrer Gesellschafter entsteht, und zum anderen die Frage, ob diese Belastung eventuell zu diesem Zeitpunkt durch einen vollwertigen Gegenanspruch kompensiert werden kann. Bezüglich der ersten Frage ist bei Bestellung von schuldrechtlichen Sicherheiten im Schrifttum kaum strittig, dass auf die (drohende) Inanspruchnahme der Sicherheit

³³⁸ Berger, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7, Rn. 113, 119; Diem, ZIP 2003, S. 1283, 1285 f.; Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30, Rn. 31; Sonnenhol/Stützle, DB 79, 925; Peltzer/Bell ZIP 93, 1758 ff.; Peltzer, GmbHR, 1995, 15, 18, jeweils m.w.N.; a.A. nach stellt die Bewertung der Sicherheit neben der Bestellung eine zusätzliche Auszahlung dar, vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 8; Meister WM 80, 394.

³³⁹ Berger, in Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7, Rn. 113, 119.

³⁴⁰ Vgl. Schön, ZHR 1995, 351, 357.

³⁴¹ BGH, Urteil vom 18. Juni 2007 – II ZR 86/06, NZG 2007, 704, 707.

³⁴² Meister, WM 1980, 390, 392 ff.; Mülbart, ZGR 1995, 578, 599 f.; Schrell/Kirchner, BB 2003, 1451, 1454 m.w.N.

abzustellen ist,³⁴³ während bei den dinglichen Sicherheiten die im Schrifttum z.T. vertretene Meinung der h.M. gegenübersteht und davon ausgeht, dass die Auszahlung bereits in der Bestellung dinglicher Sicherheiten anstatt erst in der Verwertung zu erkennen ist.³⁴⁴ Folgt man der nun von dem Gesetzgeber im MoMiG zum Ausdruck gebrachten bilanziellen Betrachtungsweise, ist ebenfalls im Fall der Bestellung von dinglichen Sicherheiten nach der h.M. davon auszugehen, dass eine Belastung des GmbH-Vermögens, welche mithin eine verbotswidrige Auszahlung nach sich ziehen kann, dann entsteht, wenn die Sicherheit in Anspruch genommen wird.³⁴⁵

Wie oben erörtert, sind nach dem neuen Kapitalerhaltungsrecht im MoMiG zur Beurteilung des Vorliegens einer verbotenen Einlagenrückgewähr zwei Fragen relevant; zum einen, ob eine Vermögensminderung durch die Leistung der Gesellschaft entsteht, und zum anderen, ob diese Vermögensminderung durch einen vollwertigen Gegenanspruch kompensiert werden kann. Im GmbH-Recht muss noch die Herbeiführung bzw. Verschärfung der Unterbilanz hinzukommen. Zum Beurteilungszeitpunkt einer verbotenen Auszahlung bei einer Sicherheitenbestellung durch eine GmbH zugunsten ihrer Gesellschafter geht die Meinung, die im Fall der dinglichen Sicherheit auf den Zeitpunkt der Bestellung bzw. der Übernahme der Besicherungsverpflichtung abstellt, davon aus, dass die bilanzielle Betrachtungsweise nur für das Vorliegen einer Unterbilanz und nicht für den Auszahlungsbegriff von Bedeutung sein kann,³⁴⁶ da sich der Regierungsentwurf lediglich auf die Aktivierungsfähigkeit von Gegenleistungs- und Rückgewähransprüchen gegen den Gesellschafter bezieht. Dieser Meinung ist jedoch nicht zu folgen, denn sie scheint auf der sog. Vermögensgefährdungstheorie zu basieren, deren Anwendbarkeit der Gesetzgeber nunmehr bei der Auseinandersetzung mit der bilanziellen Betrachtungsweise ausdrücklich zu Gunsten der letzteren verneint.³⁴⁷ Wäre die bilanzielle Betrachtungsweise lediglich auf die Beurteilung des Vorliegens der Unterbilanz der GmbH zu beschränken, dann wäre für ihre Anwendbarkeit im Aktienrecht kein Raum.

Nach der Regierungsbegründung ist die wahrscheinliche Inanspruchnahme der Sicherheit anzunehmen, wenn bei der Akquisitionsfinanzierung der Gesellschafter eine mit geringen Mitteln ausgestattete Erwerbergesellschaft ist, oder wenn die Durchsetzbarkeit der Forderung aus anderen Gründen absehbar in Frage gestellt ist.³⁴⁸

³⁴³ S. Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 121 f.; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 137 ff.; Tillmann, NZG 2008, 401, 404, jeweils m.w.N.

³⁴⁴ S. vor allem Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 138, 140.

³⁴⁵ Vgl. Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 138, m.w.N.

³⁴⁶ S. vor allem, Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 140 m.w.N.

³⁴⁷ Ausführlich s. Tillmann, NZG 2008, 401, 404.

³⁴⁸ RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 41, vgl. Berger, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf

Im Schrifttum wird auch die Meinung vertreten, dass es bei der typischen Akquisitionsfinanzierung mangels eigenen operativen Geschäfts oder eigener Vermögensmasse der Erwerbergesellschaft regelmäßig an der Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs fehlen würde.³⁴⁹ Denn in diesem Fall kann die Vermögensminderung durch die künftige Inanspruchnahme der Sicherheit weder durch den sicherungsrechtlichen Rückgriffsanspruch noch durch den Rückerstattungsanspruch nach § 31 GmbHG ausgeglichen werden, kommt eine höhere Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der Sicherheit in Betracht.

c) Zur Frage der Gegenleistungs- bzw. Rückgriffsansprüche i.S.d. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG

Wie im Aktienrecht, kommen bei Sicherungsgeschäften zur aktivischen Kompensation der Auszahlung als vollwertiger Gegenleistungs- bzw. Rückgriffsanspruch zunächst die bürgerlich-rechtlichen Freistellungs- bzw. Regressansprüche in Betracht. Denn diese Ansprüche entstehen in der Regel erst bei einer Bonitätsverschlechterung beim Hauptschuldner (der Gesellschafter), so dass sich die Vollwertigkeit i.S.d. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ohnehin nicht mehr feststellen lassen wird.³⁵⁰ Auch der Regressanspruch ist nicht als derartiger Gegenleistungs- bzw. Rückgriffsanspruch tauglich, weil er im Verwertungsstadium in der Regel nicht vollwertig sein wird.³⁵¹ Neben den Freistellungs- bzw. Regressansprüchen wird im Schrifttum die Meinung vertreten, dass die GmbH für die Übernahme des Delkredererisikos angemessen vergütet wird, wenn und soweit dies marktüblich ist.³⁵² Fraglich ist allerdings, ob ein von dem Gesellschafter gezahltes Entgelt für die Risikoübernahme, z.B. hierbei in Form einer Avalprovision, als eine derartige angemessene Vergütung anzunehmen ist. Wie eine im Schrifttum viel vertretene Meinung angenommen hat,³⁵³ ist diese Frage, wie im Aktienrecht, zu verneinen. Denn die Zahlung der Avalprovision kann die Übernahme des Ausfallrisikos

bestehende GmbHs, § 7 Rn. 116.

³⁴⁹ Berger, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7 Rn. 116.

³⁵⁰ Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6 Rn. 136; Heidinger, in: Michalski GmbHG, § 30, Rn. 95, jeweils m.w.N.; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 139, 255 m.w.N.; vgl. auch BGH, NZG 2007, 707; Tillmann, NZG 2008, 401, 402.

³⁵¹ Thun, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 6 Rn. 136; Heidinger, in: Michalski GmbHG, § 30, Rn. 95, jeweils m.w.N.; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 139, 256 m.w.N.; vgl. auch BGH, NZG 2007, 707; Tillmann, NZG 2008, 401, 402.

³⁵² Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 253.

³⁵³ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90, Rn. 378a; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 139 f., m.w.N.

(„Klumpenrisiko“) nicht voll ausgleichen.³⁵⁴ Zu beachten ist dabei im Übrigen, dass bei einer Bürgschaft ohne Avalprovision schon die Übernahme der Besicherung verbotswidrig ist, ohne dass es auf die Vollwertigkeit der Ausgleichsansprüche ankommt.³⁵⁵

Die Bestellung einer Kreditsicherheit gegenüber einem außenstehenden Kreditgeber der Konzernmutter ist dann nicht mehr als verbotene Auszahlung bei der Tochtergesellschaft zu qualifizieren, wenn die so gesicherte Darlehensvaluta konzernintern sogleich an die Tochter weitergeleitet wird.³⁵⁶ Der Verzicht auf eine Delkredereprovision vom Gesellschafter begründet nach im Schrifttum z.T. vertretener Ansicht aber schon einen Verstoß gegen § 30 GmbHG, weil dann die (angemessene) Gegenleistung fehlt, wobei daneben auch die Besicherung selbst eine verbotene Auszahlung nach § 30 GmbHG darstellt.³⁵⁷ Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen, da die Delkredereprovision, wie oben bei der Erörterung des § 57 AktG argumentiert wird, die Risiken aus der Sicherheitsleistung nicht decken kann, so dass sie für die Beurteilung einer verbotenen Auszahlung durch die Sicherheitenbestellung nicht relevant ist.

2. Die Rechtsfolgen

a) Der begünstigte Gesellschafter als Normadressat

aa) Keine Nichtigkeit der Kreditsicherung nach § 134 BGB

Wie oben schon erwähnt, kommt eine Nichtigkeit der Sicherheitenbestellung oder des Auftrags bzw. Geschäftsbesorgungsvertrags nach § 134 BGB nicht in Betracht, da § 31 GmbHG eine Sondersanktion vorschreibt.³⁵⁸ Die Rechtsgeschäfte könnten nach § 138, 826 BGB nichtig werden, wenn die sicherungsnehmende Bank bewusst mit dem Gesellschafter zur Schädigung der Gesellschaft oder den Gläubigern zusammenwirkt.³⁵⁹ In diesem Fall gilt das Bereicherungsrecht.

³⁵⁴ H.M., s. Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 140.

³⁵⁵ Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 253 m.w.N.

³⁵⁶ Heidinger, in: Michalski GmbHG, § 30, Rn. 98 m.w.N.

³⁵⁷ Heidinger, in: Michalski GmbHG, § 30, Rn. 100 m.w.N.

³⁵⁸ Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 378; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 227, 280, 286, m.w.N.; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 Rn. 67; a.A. spricht sich für die Nichtigkeit der Bürgschaftsbestellung aus, aber nur gegenüber dem begünstigten Aktionär, nicht gegenüber dem außen stehenden Dritten als Bürgschaftsgläubiger, s. Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 122, m.w.N.

³⁵⁹ Horn, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 122, m.w.N.; Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 380; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 284 m.w.N.; Messer, ZHR 159 (1995), 375, 377; Peltzer/Bell, ZIP 1993, 1757, 1758. Ausführliches wird unten über

bb) Leistungsverweigerungsrecht gem. § 30 GmbHG

Wie bei anderen verdeckten Gewinnausschüttungen darf die Gesellschaft die versprochene Leistung, hier die Bestellung der Sicherheit, beim Vorliegen einer Unterbilanz verweigern.³⁶⁰ Dabei ist stets zu prüfen, ob eine Unterbilanz durch eine wahrscheinliche Bedrohung zur Verwertung der Sicherheit entstehen könnte³⁶¹. Dies kann allerdings nur vor der Erbringung der Leistung geltend gemacht werden, nämlich bevor die Gesellschaft die Sicherheit bestellt bzw. die Bürgschaft übernommen hat. Allerdings besteht in diesem Zeitpunkt, wie oben erörtert, noch keine verbotene Auszahlung i.S.d. § 30 GmbH und damit auch kein Verweigerungsrecht nach § 31 GmbHG. Ist die Sicherheitsleistung schon erbracht, kann die Gesellschaft dieses Verweigerungsrecht der sicherungnehmenden Bank nicht mehr entgegenhalten.³⁶² Im Ergebnis ist diese Vorschrift beim Sicherungsgeschäft durch die GmbH weniger von Bedeutung.

cc) Rückerstattungsanspruch gem. § 31 GmbHG

Ist die Sicherheitsleistung schon erbracht, kann die Gesellschaft gem. § 31 GmbHG dem Gesellschafter gegenüber einen Ausgleich verlangen,³⁶³ etwa eine vollwertige Gegenleistung oder Sicherheit von kreditwürdigen Dritten, wobei das Wahlrecht in der Hand des Gesellschafters liegt. Ein Anspruch auf die Rückgängigmachung des Sicherungsgeschäfts ist ausgeschlossen. In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass der Gesellschafter nach § 31 Abs. 1 GmbHG verpflichtet ist, die Gesellschaft von der Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten zu befreien oder die gestellte Sicherheit abzulösen.³⁶⁴ Es soll dabei nicht mit dem sicherungsrechtlichen Rückgriffsanspruch verwechselt werden und deswegen ist dem nicht zu folgen.

Allerdings ist dieser Anspruch in der Praxis weniger von Bedeutung. Denn ein Verstoß gegen das Auszahlungsverbot liegt nur dann vor, wenn der Rückgriffsanspruch aus dem Sicherheitsgeschäft bei drohender Verwertung der

den Fall der Kollusion noch erörtert.

³⁶⁰ Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 122; Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 378; aufgrund der Unzulässigkeit der Auszahlung, vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 31; Stimpel, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 357.

³⁶¹ Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 29.

³⁶² Vgl. Mülbart, ZGR 1995, 578, 611.

³⁶³ Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 122. Im Schrifttum wird z.T. von einem Anspruch auf Befreiung von der Belastung gesprochen, vgl. Roth/Altmeyers, GmbHG, 6. Auflage 2009, § 30 Rn. 142.

³⁶⁴ Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30 Rn. 177, 286; Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 27, jeweils m.w.N.

Sicherheit nicht vollwertig ist und dadurch eine Unterbilanz seitens der Gesellschaft entsteht. Im Regelfall wird der Rückerstattungsanspruch gerade im Zeitpunkt der drohenden Inanspruchnahme der Sicherheit regelmäßig nicht werthaltig.³⁶⁵ In diesem Fall kann der Rückerstattungsanspruch gegen den Gesellschafter nach § 31 Abs. 1 GmbHG die Vermögenslage der Gesellschaft kaum verbessern.

Das wird im Zeitpunkt der drohenden Inanspruchnahme der Sicherheit regelmäßig nicht der Fall sein, da die Inanspruchnahme gerade deshalb droht, weil der Gesellschafter seine Verpflichtungen gegenüber dem Kreditgeber nicht erfüllen kann. Die grundsätzliche Bilanzneutralität der Bestellung von Sicherheiten wird von den Vertretern der bilanziellen Betrachtungsweise damit gerechtfertigt, dass die Bestellung der Sicherheit das Gesellschaftsvermögen noch nicht antaste, sondern es allenfalls gefährde.

b) Ausdehnung der Vorschriften auf die sicherungsnehmende Bank?

aa) Im Prinzip keine Ausdehnung auf die Bank

Die Kreditsicherung durch die Gesellschaft stellt einen typischen Fall der Leistung der Gesellschaft zugunsten des Gesellschafters an einen Dritten dar. Abgesehen von dem Fall der Kollusion, können sich dabei die Vorschriften nicht auf die sicherungsnehmende Bank erstrecken,³⁶⁶ so dass die Bestellung einer Sicherheit gegenüber einem gesellschaftsfremden Sicherungsnehmer grundsätzlich voll wirksam und von der Gesellschaft einzulösen ist.³⁶⁷ Zuerst kann die Bank als ein gesellschaftsfremder Dritter bei dem Sicherungsgeschäft mit der Gesellschaft schwer beurteilen, ob es sich um eine verdeckte Einlagenrückgewähr handelt, deshalb kann sie das Risiko nicht tragen.³⁶⁸ Folgt man außerdem der Haftungskonzeption, kann man davon ausgehen, dass das Sicherungsgeschäft, „abstrakt“ von dem Grundgeschäft, zwischen der Gesellschaft und der Bank abgeschlossen ist, damit eine Störung beim

³⁶⁵ Diem, ZIP 2003, S. 1283, 1286.

³⁶⁶ Horn, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 122; Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 379; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 280, 286, m.w.N.; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 30 Rn. 72, jeweils m.w.N.

³⁶⁷ H.M., BGHZ 81, 365, 368; BGH Urt. v. 19. 3. 1998 – IX ZR 22/97; BGHZ 138, 291, 298 = NJW 1998, 2592; vgl. vor allem, Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 122; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, 1. Aufl., 2010, § 30, Rn. 227, 280, 286. Merkwürdig ist jedoch die Ausführung des BGH im Urteil v. 18. 6. 2007 – II ZR 86/06, Tz. 12, BGHZ 173, 1, 5 = DStR 2007, 1874 = BB 2008, 2198, wonach in Buyout-Fällen der Anteilsveräußerer deshalb neben dem Anteilserwerber Adressat des Auszahlungsverbots und dementsprechend gemäß § 31 Abs. 1 verantwortlich ist, wenn diese ihm eine Sicherheit bestellt hat und der besicherte Vermögensgegenstand zum Zwecke der Kaufpreistilgung verwertet wird.

³⁶⁸ Vgl. Sonnenhol/Stützel, WM 1983, 2, 4 f.

Grundgeschäft die Wirksamkeit des Sicherungsgeschäfts nicht berühren kann.³⁶⁹ Darüber hinaus ist im Dreiecksverhältnis zwischen der GmbH als Sicherungsgeberin einerseits und dem kreditnehmenden Gesellschafter und der sicherungsnehmenden Bank andererseits aber der kreditnehmende Gesellschafter als Zahlungsverpflichteter Begünstigter der Sicherheitsleistung, der sie seinerseits der kreditgebenden Bank zur Verfügung stellt.³⁷⁰ Ein Einwand aus §§ 30, 31 GmbHG soll sich dann lediglich auf den Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag beschränken und berührt das Sicherungsgeschäft nicht, so dass die Bank im Regelfall nicht in das Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter einbezogen werden soll.

bb) Ausnahme beim bewussten schädigenden Zusammenwirken von Bank und Gesellschafter?

Durch die Regelungen der §§ 30, 31 GmbH wird die Gesellschaft jedoch nicht ausreichend geschützt. Bleibt der Gesellschafter wirtschaftlich gesund, dann ist eine Inanspruchnahme der Sicherheit sehr unwahrscheinlich. Die Sicherheit wird normalerweise nur dann verwertet oder ist von einer Verwertung bedroht, weil sich das Vermögensverhältnis des Gesellschafters verschlechtert. Es besteht in diesem Fall eine Unterbilanz, eventuell durch die Bildung einer Rückstellung in der Bilanz, die Ansprüche aus den Kapitalerhaltungsvorschriften sowie aus dem Sicherungsrecht gegen den Gesellschafter sind dann nur schwierig durchzusetzen,³⁷¹ denn der Gesellschafter ist ja zahlungsunfähig. Zum Schutz der Gesellschaft wird, wie oben erwähnt, im Schrifttum vorgeschlagen, dass die Rechte aus §§ 30, 31 GmbHG sich auch gegen die sicherungsnehmende Bank richten sollen, wenn ein bewusstes schädigendes Zusammenwirken der Bank mit dem Gesellschafter vorhanden ist, also im Fall der „Kollusion“.³⁷² Dieser Vorschlag lehnt sich an die Rechtsprechung³⁷³ an, in der der BGH ausgeführt hat, dass die von der Gesellschaft gestellte Sicherheit dann nach § 138 BGB nichtig ist, wenn der Dritte mit dem Gesellschafter bewusst zum Schaden der Gesellschaft oder der Gläubiger zusammengewirkt hat,³⁷⁴ wobei er neben

³⁶⁹ Z.B. bei Bürgschaft, vgl. Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1998, § 40 I, S. 344 m.w.N.

³⁷⁰ Vgl. Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, Rn. 286 m.w.N.

³⁷¹ Peltzer, GmbHR, 1995, 15, 18; Meister, WM 1980, 392, 394.

³⁷² Horn, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 122, m.w.N.; Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 380; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 176, 284 m.w.N.; Peltzer, GmbHR, 1995, 15, 20; Mülberr, ZGR 1995, 578, 602, jeweils m.w.N.; Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8, Rn. 27; ein Teil der Lehre geht sogar davon aus, dass der Dritte schon mit der Leistung beim Bestehen einer Unterbilanz am Delikt mitwirkt und deshalb unter §§ 30, 31 GmbHG haften soll, vgl. Tries, Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht, 1991, S. 82.

³⁷³ BGH WM 1982, 1402.

³⁷⁴ Dies wurde von späterem BGH-Urteil wieder anerkannt, s. BGHZ 138, 291, 298 f. = NJW 1998, 2592.

dem begünstigten Gesellschafter nach §§ 30, 31 GmbHG haftet.³⁷⁵

cc) Stellungnahme

Mit der Einbeziehung der Bank in die Kapitalerhaltungsvorschriften im Fall der Kollusion wird zwar die Gesellschaft besser geschützt, entbehrt jedoch einer gewissen dogmatischen Grundlage. Der BGH hat seine Entscheidung nicht näher begründet.³⁷⁶ Gerade unter dem Begriff der Kollusion versteht man einen Fall von Gläubigergefährdung nach § 826 BGB.³⁷⁷ Nach ausführlicher Untersuchung kann man zu dem Ergebnis kommen, dass auch im Fall der Kollusion die Kapitalerhaltungsvorschriften sich nicht gegen einen Dritten richten können. Zum einen erfasst das Auszahlungsverbot keine subjektiven Elemente; zum anderen lässt sich eine in der BGH-Entscheidung geschilderte Nichtigkeit des Sicherungsgeschäfts aus §§ 30, 31 GmbHG nicht entnehmen. Andererseits bietet § 826 BGB noch umfangreicheren Schutz an. Ein Ausgleichsanspruch nach § 31 GmbHG ist begrenzt, und zwar bis zur Höhe des Stammkapitals, während der Verstoß gegen § 826 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, damit die Beteiligten das Sicherungsgeschäft mit dem Recht der ungerechtfertigten Bereicherung rückgängig machen. Darüber hinaus ist das Sicherungsgeschäft wegen des Verstoßes gegen § 826 BGB von Anfang an nichtig, und ein bewusst schädigendes Zusammenwirken mit der Bank führt demgegenüber nicht zur verbotenen Auszahlung, wenn eine Unterbilanz nicht beim Abschluss des Geschäfts, sondern nachträglich entsteht.³⁷⁸ Folglich soll es bei der Bösgläubigkeit der sicherungsnehmenden Bank nicht auf §§ 30, 31 GmbHG, sondern auf § 826 BGB ankommen.

³⁷⁵ Im Schrifttum wird teils mit §§ 134, 138 BGB, teils mit § 826 BGB argumentiert. Teilweise wird ein Leistungsverweigerungsrecht unmittelbar aus §§ 30, 31 abgeleitet, s. Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Auflage 2009, § 30 Rn. 143 m.w.N.

³⁷⁶ Sonnenhol/Stültze, WM 1983, 2, 3.

³⁷⁷ Ebenso auch Merkel/Tetzlaff, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90, Rn. 380; Peltzer, GmbHR, 1995, 15, 20, jeweils m.w.N.

³⁷⁸ Vgl. Sonnenhol/Stültze, WM 1983, 2, 5.

§ 7 Kreditsicherung durch einen Gesellschafter zugunsten der Gesellschaft und das Recht der Gesellschafterleistung

Wie oben erwähnt, darf das von den Gesellschaftern einmal aufgebrauchte Kapital zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger in keiner Weise wieder an die Gesellschafter zurückgewährt werden. Dies kann dazu führen, dass die Gesellschafter den tatsächlichen Finanzbedarf der Gesellschaft in Form von Fremdkapital, etwa durch eine Kreditgewährung, decken, damit sie die an die Gesellschaft geleisteten Gelder wieder zurücknehmen können. Um eine solche Umgehung zu vermeiden, ist das Recht des sog. eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens entwickelt worden, nach welchem die von den Gesellschaftern in Form vom Fremdkapital an die Gesellschaft geleisteten Finanzmittel unter bestimmten Voraussetzungen wie Eigenkapital zu behandeln sind.

Eine derartige Umgehung kann auch dadurch erfolgen, dass der Gesellschafter statt einer Kreditgewährung an die Gesellschaft Sicherheiten für einen Drittkredit an die Gesellschaft bestellt. Dies ist in der Praxis nicht selten, insbesondere bei der dezentralen Konzernfinanzierung, bei denen die Tochtergesellschaft für ihren eigenen Finanzbedarf Kredite von einer konzernfremden Bank aufnimmt und sich die Kreditforderungen von der Muttergesellschaft besichern lässt (sog. Downstream-Besicherung). Dies könnte auch von dem Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen umfasst werden.

Das Eigenkapitalersatzrecht wurde am Anfang durch die Rechtsprechung, die in Analogie zu §§ 30, 31 GmbHG den Erhalt des Stammkapitals einer Gesellschaft schützen, entwickelt³⁷⁹. Danach griff der Gesetzgeber diese Rechtsprechung in der GmbHG-Novelle 1980 auf und führte insbesondere die §§ 32 a, 32 b GmbHG a.F. ein. Dabei stand die Frage im Raum, ob die Rechtsprechung auch nach der Kodifizierung weiterhin §§ 30, 31 GmbHG analog anwenden könne. Die bisherige rechtliche Erörterung änderte sich weiter nach dem Erlass der Neuregelungen durch das MoMiG. Anders als beim Verbot der Einlagenrückgewähr ist die der Gesellschaftsfinanzierung zuzurechnende Kreditsicherung im Recht des Eigenkapitalersatzes bisher in gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich vorgeschrieben worden, die auch durch das MoMiG gestrichen worden sind. Damit bedarf es weiterer Erörterung über die Kreditsicherung durch den Gesellschafter unter der Neuregelung.

³⁷⁹ Hier wurde von dem „materiellen Kapitalersatzrecht“ gesprochen, vgl., K. Schmidt, in: Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b, Rn. 76 m.w.N.

I. Kreditsicherung durch den Gesellschafter nach §§ 32a Abs. 2, 32b GmbHG a.F.

Der in vorliegender Arbeit zu behandelnde Sachverhalt, nämlich die Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter für einen Drittkredit an die Gesellschaft, hatte vor Erlass des MoMiG ihre gesetzlichen Regelungen in §§ 32a Abs. 2, 32b GmbHG a.F. gefunden. Für die Bank als kreditgebender Sicherungsnehmer war von besonderer Bedeutung, ob überhaupt und inwiefern sich diese Vorschriften auf das Sicherungsgeschäft auswirken.

1. Auswirkung auf den sicherungsgebenden Gesellschafter

Hinsichtlich derartiger Downstream-Besicherung richteten sich §§ 32a Abs. 2, 32b GmbHG a.F. in erster Linie auf den sicherungsgebenden Gesellschafter, obwohl der Kreditgeber dadurch mittelbar benachteiligt wird³⁸⁰. Dabei stand die Erstattungspflicht des Gesellschafters nach § 32b GmbHG a.F. im Vordergrund. Diese Vorschrift galt für den Fall, in dem die Forderung aus dem Drittkredit im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der Gesellschaft als Hauptschuldnerin zurückgezahlt wurde, damit die vom Gesellschafter bestellte Sicherheit nicht zur Befriedigung der Kreditforderung in Anspruch genommen wurde. Maßgebend für die Anwendung dieser Vorschrift war, dass die Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter „eigenkapitalersetzenden Charakter“ hatte³⁸¹.

Nach dem Wortlaut des § 32a Abs. 2 GmbHG a.F. lag eine eigenkapitalersetzende Kreditsicherung durch den Gesellschafter nur dann vor, wenn der durch sie abgesicherte Drittkredit zu einem Zeitpunkt der Gesellschaft gewährt wird, „in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten“. Nach der h.M. geht es um den Grundsatz ordnungsmäßiger Unternehmensfinanzierung³⁸². Danach haben die Gesellschafter bei einer Krise der Gesellschaft Eigenkapital bzw. eigenkapitalersetzendes Risikokapital einzusetzen, wenn sie das Unternehmen mit neuem Kapital fortführen wollen³⁸³. Dafür ist maßgebend, „ob ein vernünftig denkender Kreditgeber noch ein Darlehen zu marktüblichen Bedingungen ohne eine Gesellschaftersicherheit gegeben hätte.“³⁸⁴ Im Fall einer derartigen Downstream-Besicherung soll die Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter

³⁸⁰ K. Schmidt, Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b Rn. 143 m.w.N.

³⁸¹ ...

³⁸² K. Schmidt, Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b, Rn. 5, 38 m.w.N.

³⁸³ Vgl. K. Schmidt, Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b, Rn. 5 m.w.N.; vgl. auch Berger, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 9.

³⁸⁴ BGH DB 1992, 366, 367; Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 263.

eigenkapitalersetzend sein, wenn die Gesellschaft ohne die Kreditsicherung durch den Gesellschafter den Kredit von Dritten nicht erhalten hätte und ohne den Kredit hätte liquidiert werden müssen³⁸⁵.

2. Auswirkungen auf die sicherungsnehmende Bank

Was hierbei die sicherungsnehmende Bank anging, ging es nur um eine Beschränkung ihrer Forderung im Insolvenzverfahren der Gesellschaft, und zwar auf den Betrag, mit dem er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit ausgefallen war (§ 32a Abs. 2 GmbHG a.F.). Vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens konnte der Darlehensgeber unbeschränkt Befriedigung aus der vom Gesellschafter gestellten Sicherung suchen³⁸⁶. Hatte der Darlehensgeber sich aus dem Vermögen der Gesellschaft oder aus der Sicherung des Gesellschafters befriedigt, verblieb ihm dann auch der zurückgezahlte Betrag im nachträglich eröffneten Insolvenzverfahren³⁸⁷. Im Insolvenzverfahren musste sich der Darlehensgeber an den Gesellschafter halten und die Sicherung verwerten³⁸⁸. Bezüglich der vom Gesellschafter gestellten Sicherheit wurde der Darlehensgeber nicht schlechter gestellt. Seine Rechte an der Sicherheit gegenüber dem Gesellschafter sollten von § 32a Abs. 2 GmbHG a.F. unberührt bleiben³⁸⁹. Der Gesellschafter konnte ihm nicht entgegenhalten, dass er mit der Sicherung nach Gesetz oder Sicherungsabrede nur nachrangig haftete³⁹⁰. Auch die sicherungsrechtlichen Rechte³⁹¹ des Gesellschafters, z.B. der Befreiungsanspruch bzw. der Rückgriffsanspruch, sollten im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter bleiben und hatten keinen Einfluss auf die Rechte der sicherungsnehmenden Bank.

II. Die Kreditsicherung durch den Gesellschafter nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen

Die in der Literatur und Rechtsprechung für die eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistung entwickelten Grundsätze wurden nicht völlig in die durch die GmbHG-Novelle von 1980 eingeführten gesetzlichen Bestimmungen übernommen.

³⁸⁵ Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 263.

³⁸⁶ Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 268.

³⁸⁷ Vgl. Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 269.

³⁸⁸ Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 273.

³⁸⁹ K. Schmidt, Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b Rn. 158.

³⁹⁰ Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 275 m.w.N.

³⁹¹ Dazu vgl. K. Schmidt, Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b Rn. 165 ff.

Die Vorschriften beschränkten sich auf den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bzw. des Gesellschaftsvermögens im Insolvenzverfahren der Gesellschaft und verdrängten die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze nicht³⁹², da sie keinen abschließenden Charakter hatten³⁹³. Deshalb sollten diese Grundsätze nach dem Inkrafttreten der Vorschriften ohnehin weiter gelten³⁹⁴.

1. Grundlage des (materiellen) Kapitalersatzrechts

Nach dem im Schrifttum und in der Rechtsprechung entwickelten materiellen Eigenkapitalersatzrecht sollte eine Gesellschafterleistung wie Eigenkapital zu behandeln sein, soweit ihr eine „eigenkapitalersetzende Funktion“ zukam. In einer wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft hatten die Gesellschafter aber die Finanzierungsverantwortung der Gesellschaft zu tragen und das Risiko mit Eigenkapital aufzufangen. Gewährte ein Gesellschafter in diesem Fall der Gesellschaft ein Darlehen, könnte man davon ausgehen, dass er das Eigenkapitalrisiko umgehen will. Ein außenstehender Dritter würde das fragliche Darlehen theoretisch nicht mehr gewähren, sobald die Gesellschaft kreditunwürdig geworden ist.³⁹⁵ Damit lag in der Darlehensgewährung eine causa societatis und damit die eigenkapitalersetzende Funktion vor.³⁹⁶ Maßgeblich dafür war die Frage, ob die Gesellschaft unter denselben Verhältnissen und zu denselben Bedingungen von einem gesellschaftsfremden Dritten ein Darlehen erhalten hätte.³⁹⁷ Das entscheidende Kriterium war der Zeitpunkt der Darlehensvergabe.

Wie die eigentliche verbotene Auszahlung sollte die Rückzahlung der Gesellschafterleistung hierbei nur dann unter §§ 30, 31 GmbHG fallen, wenn durch sie eine Unterbilanz bei der Gesellschaft entstand oder verschärft wurde.³⁹⁸

Beim Vorliegen einer eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistung stand der Gesellschaft analog § 30 GmbHG a.F. ein Verweigerungsrecht gegen den Anspruch auf Rückzahlung der von dem Gesellschafter erbrachten Leistung zu.³⁹⁹ Allerdings konnte die Gesellschaft den Rückzahlungsanspruch des Gesellschafters nur

³⁹² Ganz h.M., vgl. etwa Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32a Rn. 8, und Rn. 72.

³⁹³ Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32a Rn. 8.

³⁹⁴ Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32a Rn. 72 ff.; Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 241.

³⁹⁵ Vgl. Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 210; Rümker, MünchHdbGmbH, 1996, § 53 Rn. 127.

³⁹⁶ A.A. geht von einer causa societatis erst bei dem vorzeitigen Abzug des Gesellschaftsvermögens durch die Rückzahlung der Gesellschafterleistung, vgl. Rümker, MünchHdbGmbH, 1996, § 53 Rn. 129.

³⁹⁷ Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 210.

³⁹⁸ Vgl. z.B. K. Schmidt, Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b, Rn. 77; Rümker, MünchHdbGmbH, 1996, § 53 Rn. 119, 127, 131; Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 199; jeweils m.w.N.

³⁹⁹ Vgl. Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 241.

verweigern, bevor die Rückzahlung tatsächlich geleistet wurde. War dies schon geschehen, stand der Gesellschaft lediglich ein Anspruch auf Erstattung der an die Gesellschaft zurückgezählten Leistung zu.⁴⁰⁰ Die Rückzahlung einer eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistung führte außerdem zu einem Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG,⁴⁰¹ welcher auf die Höhe der Stammkapitalziffer beschränkt war.⁴⁰²

Im Prinzip haftete nach den allgemeinen Grundsätzen des Auszahlungsverbot nur der Gesellschafter, auch wenn die Rückzahlung auf Veranlassung des Gesellschafters an einen Dritten geleistet wurde⁴⁰³. Eine Haftung des Dritten war nur in Ausnahmefällen anzunehmen, wie z.B. wenn er bösgläubig war⁴⁰⁴. Dies ist jedoch eine Frage der Kollusion.

2. Kreditsicherung durch den Gesellschafter im materiellen Kapitalersatzrecht

a) Die Qualifizierung der Kreditsicherung durch den Gesellschafter als eigenkapitalersetzende Leistung

Zur Untersuchung, ob die Kreditsicherung durch den Gesellschafter außerhalb des Insolvenzverfahrens der Gesellschaft eine eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistung darstellen konnte, war zunächst darauf abzustellen, ob dem Sicherungsgeschäft des Gesellschafters eine Eigenkapitalfunktion zukommt⁴⁰⁵. Dies sollte der Fall sein, wenn in der Krise der Gesellschaft ohne die Kreditsicherung des Gesellschafters kein Darlehen von einem außenstehenden Dritten gewährt würde, das zum Weiterbestehen der Gesellschaft nötig wäre.⁴⁰⁶ Außerdem war eine Kreditsicherung durch den Gesellschafter nur dann eigenkapitalersetzend, wenn sie im Zeitpunkt, in dem das von dem Gesellschafter besicherte Drittdarlehen zurückgezahlt wurde, das nominelle Stammkapital oder eine darüber hinausgehende Überschuldung abdeckte.⁴⁰⁷

⁴⁰⁰ Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 242

⁴⁰¹ So BGH WM 1987, 1040, 1041; BGHZ 81, 365, 367 ff.; zum Meinungsstand vgl. Baumbach/Hueck, § 30 Rn. 21 m.w.N.

⁴⁰² BGHZ 90, 370, 378 = NJW 1984, 1891, 1893; BGHZ 81, 311, 319 = NJW 1982, 383, 385. Im Fall der Überschuldung ist der Rückforderungsanspruch nicht nur auf die Höhe des Stammkapitals beschränkt, vgl. K. Schmidt, in: Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b, Rn. 77, 80; Rümker, MünchHdbGmbH, 1996, § 53 Rn. 138; jeweils m.w.N.

⁴⁰³ Vgl. K. Schmidt, Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b, Rn. 83; Sonnenhol/Stützle, WM 1983, 3.

⁴⁰⁴ Vgl. K. Schmidt, Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b, Rn. 83; Canaris, FS Fischer, S. 40 f.

⁴⁰⁵ Rümker, MünchHdbGmbH, 1996, § 53 Rn. 127 m.w.N.

⁴⁰⁶ Vgl. Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 263; Rümker, MünchHdbGmbH, 1996, § 53 Rn. 127.

⁴⁰⁷ Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 267.

b) Rechtsfolge aus den Rechtsprechungsgrundsätzen

In vorliegendem Sachverhalt war die Kreditsicherung durch den Gesellschafter, nicht das Drittdarlehen eigenkapitalersetzend, so dass die Gesellschaft das Leistungsverweigerungsrecht aus § 30 GmbHG a.F. dem kreditgebenden Dritten nicht entgegenhalten konnte, wenn der Kreditgeber Zahlung von der Gesellschaft verlangte. In diesem Fall konnte sie lediglich einen Ausgleich in dem gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnis mit dem sicherungsgebenden Gesellschafter suchen. Hatte die Gesellschaft an den Drittkreditgeber gezahlt, so war der Gesellschafter auch nach § 31 Abs. 1 GmbHG zur Erstattung an die Gesellschaft verpflichtet⁴⁰⁸.

Wurde die Sicherheit des Gesellschafters von dem Kreditgeber in Anspruch genommen, so stand dem Gesellschafter ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gegen die Gesellschaft zu (§ 670 BGB)⁴⁰⁹.

Erhielt eine Bank für ein von ihr an eine Gesellschaft gewährtes Darlehen eine Sicherheit durch einen Gesellschafter, so konnte die Bank sich entscheiden, sich an die Gesellschaft zu halten oder Befriedigung aus der Sicherheit zu suchen⁴¹⁰. Hatte die Bank von der Gesellschaft die Rückzahlung erhalten, verblieb der zurückgezahlte Betrag bei ihr, auch wenn später über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet wurde⁴¹¹. Die Gesellschaft konnte sich nicht aus gesellschaftsrechtlichen Gründen gegen sie wenden, es sei denn, dass die Bank als gleichgestellter Dritter i.S.d. § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG zu betrachten war⁴¹² oder einem Gesellschafter nahestand⁴¹³.

III. Kreditsicherung durch den Gesellschafter nach den Neuregelungen durch das MoMiG

⁴⁰⁸ BGHZ 81, 260 f.; BGH BB 1981, 1664, 1666; BGH WM 1986, 447, 449; Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl., 1996, § 32a Rn. 78; Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 282.

⁴⁰⁹ Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 278.

⁴¹⁰ Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 268.

⁴¹¹ Hense/Gandenberger, BeckHdbGmbH, § 8 Rn. 269.

⁴¹² Vgl. K. Schmidt, in: Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b, Rn. 83; Rümker, MünchHdbGmbH, 1996, § 53 Rn. 139 m.w.N.

⁴¹³ Rümker, MünchHdbGmbH, 1996, § 53 Rn. 139 m.w.N.; K. Schmidt, in: Scholz-GmbHG, §§ 32a, 32b Rn. 83.

1. Das neue Recht der Gesellschafterleistungen im Allgemeinen

Die Vorschriften von §§ 32 a und 32 b GmbHG a.F. werden nun durch das MoMiG aufgehoben.⁴¹⁴ Auch die Rechtsprechungsgrundsätze gelten nach den Neuregelungen nicht mehr weiter, da die Anwendung der Vorschriften über Kapitalerhaltung auf die Gesellschafterleistungen gesetzlich verboten wird (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG).⁴¹⁵ Dadurch wird auf das Merkmal der Krise der Gesellschaft verzichtet, und es kommt zukünftig nicht mehr auf die Gleichstellung von Gesellschafterdarlehen mit Eigenkapital bzw. auf einen kapitalersetzenden Charakter an.⁴¹⁶ Insofern wird die Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens damit aufgegeben.⁴¹⁷ Als dogmatische Grundlage ist daher nicht mehr an die Verantwortung für Finanzierungsfolgen, sondern an das Prinzip der Haftungsbeschränkung in der Kapitalgesellschaft anzuknüpfen, allerdings bleibt die Funktion des Rechts der Gesellschafterdarlehen weiterhin der Gläubigerschutz.⁴¹⁸

Die bisher im GmbHG enthaltenen Sonderregelungen über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen werden nun in die Insolvenzordnung und das Anfechtungsgesetz verlagert.⁴¹⁹ Nach den einschlägigen neuen Regelungen der InsO und des AnfG sind Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall grundsätzlich mit Nachrang versehen und die Rechtshandlungen zur Erfüllung oder die Besicherung der Forderungen anfechtbar.⁴²⁰ Da die neuen Sonderregelungen, abgesehen von bestimmten Ausnahmeregelungen, für alle Gesellschafterdarlehen gelten,⁴²¹ empfiehlt es sich, zukünftig vom Recht der Gesellschafterdarlehen zu sprechen.⁴²² Eine Unterscheidung zwischen normalen und kapitalersetzenden Darlehen wird es in der Praxis zukünftig nicht mehr geben. Allerdings befreit dies die Gesellschafter nicht vollständig von weiter bestehenden Haftungsgefahren. Einerseits kann der Insolvenzverwalter mit der insolvenzrechtlichen Anfechtung Zahlungen im letzten

⁴¹⁴ Das alte Recht bleibt ausschließlich anwendbar, soweit die Insolvenzeröffnung vor dem Stichtag 1. 11. 2008 erfolgt ist oder wenn der Schultitel iSd § 6 AnfG vor diesem Stichtag erwirkt wurde, s. Altmeyers, in: Roth/Altmeyers, GmbHG, § 32a Rn. 1.

⁴¹⁵ d'Avoine, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 3. Aufl., 2009, § 30, Rn. 56; Kindler, NJW 2008, 3249, 3253; Klink/Gärtner, NZI 2008, 457, 458.

⁴¹⁶ Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 120; Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 90 Rn. 531a; Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 65; Hirte, NZG 2008, 761, 764; Klink/Gärtner, NZI 2008, 457, 458.

⁴¹⁷ RegE, BR-Drs. 354/07, S. 95; s. auch Hirte, NZG 2008, 761, 764 m.w.N.

⁴¹⁸ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, 1. Auflage 2008, § 8 Rn. 20.

⁴¹⁹ RegE, BR-Drs. 354/07, S. 96; s. auch Kindler, NJW 2008, 3249, 3253; Klink/Gärtner, NZI 457, 458.

⁴²⁰ Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 120; Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6 Rn. 139.

⁴²¹ Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6 Rn. 139.

⁴²² Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 21.

Jahr vor Stellung des Eröffnungsantrags zur Masse zurückziehen.⁴²³ Andererseits führen die Neuregelungen sogar zu Haftungsverschärfungen, weil der Insolvenzverwalter die Rückzahlung des empfangenen Betrages fordern kann, sofern sie binnen Jahresfrist des Zusammenbruchs der Gesellschaft geleistet wird, auch wenn der Gesellschafter in gesunden Zeiten seiner Gesellschaft sich ein Darlehen hat zurückzahlen lassen und sich damit völlig korrekt verhalten hat.⁴²⁴

2. Die tatbeständliche Voraussetzung

a) Gesellschafter einer GmbH

Die Frage, wer als Gesellschafter im Sinne des Rechts der Gesellschafterdarlehen anzusehen ist, wird im MoMiG nicht neu geregelt.⁴²⁵ Einerseits werden auf Grund einer wertenden Betrachtung auch bestimmte Gesellschaftsgläubiger von dem neuen Recht umfasst. Andererseits ist, wie nach bisherigem Recht, nicht jeder Gesellschafter Adressat des Rechts der Gesellschafterdarlehen.

(1) Als Gesellschafter anzusehen sind nach der Gesetzesbegründung diejenigen Gläubiger, die einem Gesellschafter bei wertender Betrachtung gleich gestellt werden können.⁴²⁶ Darunter fallen typischerweise Pfandgläubiger oder Nießbraucher an einem Gesellschaftsanteil bzw. Unterbeteiligte, wenn sie die Geschicke ähnlich wie ein Gesellschafter mitbestimmen können, ferner der atypische stille Beteiligte und verbundene Unternehmen.⁴²⁷ Außerdem bleibt das Recht der Gesellschafterdarlehen auf die Gesellschafterleistungen anwendbar, auch wenn der leistende Gesellschafter nachträglich seine Gesellschafterstellung verliert oder die sich daraus ergebende Forderung an einen Nicht-Gesellschafter abgetreten wird.⁴²⁸

(2) Das Recht der Gesellschafterdarlehen soll zunächst gemäß § 39 Abs. 5 InsO nicht auf nicht geschäftsführenden Gesellschafter, die mit 10% oder weniger am Haftkapital beteiligt sind, anwendbar sein (sog. Kleinbeteiligtenprivileg). Außerdem findet das Recht der Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO auf die Leistung derjenigen Gesellschafter, die bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung der Gesellschaft Anteile zum Zweck ihrer Sanierung

⁴²³ Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, Rn. 58.

⁴²⁴ Altmeppen, NZG 2010, 401, 404 ff.; Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, Rn. 58.

⁴²⁵ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 27.

⁴²⁶ RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 57.

⁴²⁷ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 34.

⁴²⁸ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 36 m.w.N.

erwerben, keine Anwendung (sog. Sanierungsprivileg), allerdings gilt dies nur bis zur nachhaltigen Sanierung.

b) Gewährung eines Darlehens

Wie in bisherigem Recht werden künftig im Recht der Gesellschafterdarlehen auch Forderungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen, einem Darlehen gleich gestellt, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Dabei werden alle Darlehen unabhängig von der Art der Gewährung, sei es ausgezahlte, gestundete oder stehen gelassene Darlehen, nun von dieser Vorschrift erfasst, gleichgültig, ob sich die Gesellschaft im Zeitpunkt ihrer Gewährung oder des späteren Stehenlassens in einer Krise befand.⁴²⁹ Fraglich ist allerdings, wie die Austauschgeschäfte mit Gesellschaftern insbesondere bei der Anfechtbarkeit nach § 135 Abs. 2 2. HS InsO zu behandeln sind. Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen, wenn Austauschgeschäfte zu Marktbedingungen und innerhalb eines angemessenen Zeitraums abgewickelt worden,⁴³⁰ es sei denn, dass der Gesellschafter seinen Anspruch aus dem Austauschgeschäft stundet oder nicht einfordert.⁴³¹ Dabei entspricht ein Austauschgeschäft bei wirtschaftlicher Betrachtung einem Darlehen. Darüber hinaus wird die sog. eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung durch das MoMiG neu geregelt, was für vorliegende Sachverhalte aber weniger von Bedeutung ist.

c) Insolvenz der Gesellschaft

Die Tatbestandsvoraussetzung der Krise im alten Recht wurde durch das MoMiG abgeschafft, damit ist es zukünftig nicht mehr notwendig, dass ein neutraler Dritter der Gesellschaft im Zeitpunkt der Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters keinen Kredit mehr oder nicht mehr zu angemessenen Konditionen gewährt hätte. Mit anderen Worten, es kommt nicht mehr auf einen „kapitalersetzenden“ Charakter der Darlehen an, so dass sich das spätere Schicksal der Forderung bei Darlehenshingabe ex ante nicht vorhersagen lässt.⁴³² Stattdessen ist für die Behandlung der Gesellschafterdarlehen nach dem neuen Recht an der Insolvenz der Gesellschaft anzuknüpfen. Danach sind jegliche Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz nachrangig und dessen Rückzahlungen innerhalb des letzten Jahres vor dem Antrag

⁴²⁹ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 39.

⁴³⁰ A.A. Haas, InsO 2007, 617, 623 f., der von einer Anfechtbarkeit des Austauschgeschäfts bei Gläubigerschädigung ausgeht.

⁴³¹ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 40, 41.

⁴³² Klink/Gärtner, NZI 457, 458.

auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfechtbar. Außerhalb der Jahresfrist ist die Rückzahlung auch bei Vorliegen einer Unterbilanz zulässig.⁴³³ Dagegen unterliegt ein Gesellschafterdarlehen innerhalb der Jahresfrist dem neuen Recht, auch wenn sich der Gesellschafter das Darlehen zu einem Zeitpunkt zurückzahlen lässt, zu dem die Gesellschaft wirtschaftlich unzweifelhaft gesund ist.⁴³⁴ Gleiches gilt auch, wenn er seinen Anteil innerhalb eines Jahres der Antragstellung der Insolvenz veräußert.

3. Rechtsfolge

Durch Abschaffung des Rechts der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen existiert kein präventives Auszahlungsverbot aus § 30 Abs.1 GmbHG a.F. mehr, damit entfällt die Ausfallhaftung der Gesellschafter aus § 31 Abs. 3 GmbHG a.F. (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n.F.). Gleiches gilt auch für die AG (§ 57 Abs. 1 Satz 4 AktG n.F.).

a) Nachrangigkeit der Gesellschafterforderung

Mit der Aufgabe der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen in ihrer bisherigen Gestalt sollen die Gesellschafterdarlehen zukünftig nicht mehr wie bislang als materielles Eigenkapital behandelt werden, sondern entsprechend ihrer Form auch als Verbindlichkeiten.⁴³⁵ Sie können zukünftig im Insolvenzverfahren nur als nachrangige Insolvenzforderung geltend gemacht werden (§§ 39 I Nr. 5, 135, 143 InsO).⁴³⁶ Auch gesellschafterbesicherte Darlehensansprüche Dritter unterliegen diesem Nachrang (§44a InsO), da diese Konstellation wirtschaftlich der Gewährung eines Darlehen durch den Gesellschafter entspricht.

b) Anfechtbarkeit der Rechtshandlung

Künftig können Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO angefochten werden, sofern sie innerhalb eines Zeitraumes von einem Jahr vor dem Insolvenzeröffnungsantrag geleistet sind. Außerdem sind auch Rechtshandlungen zur Erfüllung oder Besicherung der Forderungen nach den einschlägigen neuen

⁴³³ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 18.

⁴³⁴ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 25.

⁴³⁵ Hirte, NZG 2008, 761, 764.

⁴³⁶ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, 1. Auflage 2008, § 8 Rn. 2, 22; Hirte, NZG 2008, 761, 764; Kindler, NJW 2008, 3249, 3253; Klink/Gärtner, NZI 457, 458; Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6 Rn. 139; vgl. auch Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012 Rn. 120.

Regelungen der InsO und des AnfG anfechtbar.⁴³⁷ Dagegen ist die Anfechtbarkeit ausgeschlossen, wenn die Gesellschaft nach der Rückzahlung noch mindestens ein Jahr „am Leben gehalten wird“. ⁴³⁸ Dies gilt, gleichgültig ob sich die Gesellschaft bei der Rückzahlung in der Krise befindet oder nicht. Rechtsfolge der wirksamen Anfechtung der Befriedigung eines Gesellschafters innerhalb des letzten Jahres vor Antragstellung ist die Rückgewähr des Erhaltenen in die Insolvenzmasse der Gesellschaft. Freilich ist dabei zu beachten, ob im Hinblick auf die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen auch der Anfechtungstatbestand des § 133 Abs. 2 InsO in Betracht kommt.⁴³⁹

Der Tatbestand des § 133 Abs. 2 InsO wird vielfach erfüllt sein, weil in der Darlehenstilgung auch eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung liegen könnte, sofern der Darlehensrückzahlungsanspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft in der Krise nicht mehr vollwertig ist.⁴⁴⁰ Allerdings setzt dies voraus, dass der Vertrag früher als zwei Jahre vor dem Insolvenzeröffnungsantrag geschlossen worden ist oder wenn dem anderen Teil zur Zeit des Vertragsschlusses ein Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war, § 133 Abs. 2 Satz 2 InsO. Dafür ist ferner erforderlich, dass die Gesellschafter zu mehr als 25% am Kapital des Schuldners beteiligt und damit als nahe stehende Personen i.S.d. § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO zu qualifizieren sind.

4. Kreditsicherung durch den Gesellschafter im neuen Recht der Gesellschafterleistungen

Die früheren Regelungen zu gesellschafterbesicherten Drittdarlehen in §§ 32a Abs. 2, 32b GmbHG a.F. sind zwar abgeschafft worden. Dem neuen Regelungskonzept entsprechend werden sie nun ebenfalls im Insolvenzrecht fortgeführt und durch den Verweis auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind sie ebenfalls rechtsformneutral ausgestaltet.⁴⁴¹ Nach dem neuen Recht wird der Gläubiger vorrangig auf die Verwertung der Gesellschaftersicherheit verwiesen und kann erst anschließend an der Verteilung des Gesellschaftsvermögens teilnehmen (§ 44a InsO).

⁴³⁷ Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 6, Rn. 139.

⁴³⁸ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 56.

⁴³⁹ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 57.

⁴⁴⁰ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 58 m.w.N.

⁴⁴¹ Begr. RegE, BT-Dr 16/6140, S. 138; s. auch Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anhang nach § 30 Rn. 12; Hirte, NZG 2008, 761, 764.

a) Rückzahlung der Kreditforderung im letzten Jahr vor
Insolvenzantragstellung durch die kreditnehmende Gesellschaft

Wurde ein Drittdarlehen, das vom Gesellschafter besichert war oder für das der Gesellschafter gebürgt hatte, im letzten Jahr vor Antrag auf Eröffnung der Insolvenz an den Gläubiger zurückgezahlt, hat der Gesellschafter die dem Gläubiger von der Gesellschaft gewährten Leistungen zur Insolvenzmasse zu erstatten oder die Sicherheit der Insolvenzmasse zur Verfügung zu stellen (§ 143 Abs. 3 InsO). Zwar unterliegt die Rückzahlung in diesem Fall gemäß § 135 Abs. 2 InsO der Anfechtung. Hierbei bezieht sich die Rechtshandlung der Gesellschaft i.S.d. § 135 Abs. 2 InsO aber nicht auf den Einfluss, den diese Zahlung in Bezug auf den Dritten hat, sondern auf die Befreiung des sichernden Gesellschafters. Dies ist die anfechtbare Rechtshandlung, so dass der Adressat des Anfechtungsanspruchs der Gesellschafter ist. Insofern richtet sich die Anfechtung der Zahlungen auf ein Drittdarlehen aber nicht gegen den Dritten, sondern gegen den besichernden Gesellschafter.⁴⁴² § 143 Abs. 3 InsO sieht für die Anfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO eine gesonderte Rechtsfolge vor. Danach muss nicht der darlehensgewährende Dritte, sondern der besichernde Gesellschafter das von der Gesellschaft Erhaltene erstatten.⁴⁴³ § 135 Abs.2, 143 Abs.3 InsO muss auch für den sicherungsgebenden Gesellschafter gelten, wenn er an den Gläubiger der Gesellschaft gezahlt, die Gesellschaft ihm aber den Betrag erstattet hat.⁴⁴⁴

Die Erstattungsverpflichtung besteht nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürge haftete oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte Forderung entspricht. Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherheit gedient hatten, der Insolvenzmasse zur Verfügung stellt (§ 143 Abs. 3 InsO).

Nach der neuen Bestimmung der §§ 6a, 11 Abs.3 AnfG („Gesicherte Darlehen“) sollen die oben geschilderten Regelungen für die gesellschafterbesichernden Drittdarlehen auch außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten, wenn etwa ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen wird. Für den Fristlauf stellt das Gesetz auf die Erlangung des Schuldtitels ab. Nach der Neuregelung kann die Befriedigung der Darlehensrückzahlungsforderung oder

⁴⁴² A.A., Solveen, in: Hölters, Aktiengesetz, § 57, Rn. 37.

⁴⁴³ Horn, Norbert, Bürgschaft, in Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 120; d'Avoine, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 3. Aufl., 2009, § 30, Rn. 66 f.

⁴⁴⁴ Horn, Bürgschaft, in Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 120.

gleichgestellter Forderung angefochten werden, wenn diese im letzten Jahr vor Erlangung des vollstreckbaren Schultitels oder danach erfolgt ist (Abs. 1 S. 1 Nr. 2) oder wenn für entsprechende Forderung eine Sicherung innerhalb der letzten zehn Jahre vor diesem Zeitpunkt gewährt wurde (Abs. 1 S. 1 Nr. 1).⁴⁴⁵

b) Ohne Rückzahlung bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Wurde die Forderung des Gläubigers bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht an den Gläubiger zurückgezahlt, muss sich der Gläubiger, für dessen Forderung gegen die Gesellschaft ein Gesellschafter bürgt oder Sicherheiten bestellt, nach § 44a InsO zunächst an den sicherungsgebenden Gesellschafter halten und kann anteilmäßige Befriedigung aus der Konkursmasse nur für die Summe verlangen, die bei der Inanspruchnahme des Bürgen ausgefallen ist.⁴⁴⁶ Zahlt der sicherungsgebende Gesellschafter (nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Gesellschaft) das Drittdarlehen an den Gläubiger zurück, dann hat er einen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschaft. Diesen Regressanspruch kann er entsprechend § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nur als nachrangiger Gläubiger geltend machen.

IV. Die Behandlung der Kreditsicherung durch den Aktionär

1. Die bisherige Behandlung vor Einführung des MoMiG

a) Anwendbarkeit des Kapitalersatzrechts auf die Aktiengesellschaft und die Rechtsgrundlage

Bereits vor der GmbH-Novelle 1980 galt das Kapitalersatzrecht als allgemeiner Grundsatz für die Kapitalgesellschaften, unbeachtet des Unterschieds der Gesellschaftsformen⁴⁴⁷. Dessen Anwendung auf die Aktiengesellschaft hatte das Reichsgericht entschieden⁴⁴⁸. Auch die h.M. im Schrifttum hält das Kapitalersatzrecht auf die Aktiengesellschaft für anwendbar⁴⁴⁹. Die Frage, ob es nach der GmbH-Novelle noch eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen gibt, hat der BGH bejaht⁴⁵⁰, allerdings

⁴⁴⁵ Huech/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anhang nach § 30 Rn. 16.

⁴⁴⁶ Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 120; d'Avoine, in: Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 30, Rn. 65.

⁴⁴⁷ Vgl. Immenga, ZIP 1983, 1405, 1406.

⁴⁴⁸ RG JW 1937, 3161; 1939, 229.

⁴⁴⁹ Vgl. statt alle K. Schmidt, GesR, § 29 I 2, S. 885 m.w.N.; a.A. s. eben da Fn. 10.

⁴⁵⁰ BGH, Urteil vom 9. 5. 2005 - II ZR 66/03 = NJW 2005, 2061 = NZG 2005, 712; BGHZ 90, 381 = AG 1984, 191 = NJW 1984, 1893; auch in Vorinstanzen: LG Düsseldorf, ZIP 1981, 601; OLG

unter der Voraussetzung, dass der Aktionär maßgeblich an der AG beteiligt ist. Hierbei ist zu fragen, worin die Rechtsgrundlage der eigenkapitalersetzenden Aktionärsdarlehen liegt. Von h.M. allgemein anerkannt ist, dass die zuerst für das GmbH-Recht entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen auch auf das Aktienrecht Anwendung finden⁴⁵¹, wobei eine Modifizierung jedoch möglich ist⁴⁵². Eine Analogie der §§ 32a, 32b GmbHG ist abzulehnen⁴⁵³.

b) Voraussetzungen der Anwendung

aa) Die Zurechenbarkeit der Aktionärsdarlehen

Anders als im GmbH-Recht unterliegt nicht jedes Aktionärsdarlehen den Grundsätzen des Eigenkapitalersatzes. In der Entscheidung „BuM-WestLB“⁴⁵⁴ war der BGH davon ausgegangen, dass ein Aktionärsdarlehen nur wie Eigenkapital zu behandeln war, wenn der kreditgebende Aktionär an der AG „unternehmerisch beteiligt“ war. In diesem Fall entspricht die rechtliche Stellung des Aktionärs derjenigen der Gesellschafter einer GmbH. Die GmbH-Gesellschafter können Einfluss auf die Unternehmensleitung der Gesellschaft ausüben und sollten nach dem alten Recht deshalb die Finanzierungsverantwortung der Gesellschaft tragen. Im Gegenteil dazu leitet der Vorstand die AG unter eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG) und ist von Anweisungen der Aktionäre unabhängig. Die Aktionäre haben eine geringere Einflussmöglichkeit als die Gesellschafter in einer GmbH. In diesem Sinne sollten nur solche Aktionäre die Finanzverantwortung der AG tragen⁴⁵⁵, die ein eigenes unternehmerisches Interesse an der Gesellschaft hatten. Nach der BGH-Entscheidung war dies der Fall, wenn die Aktionäre mit mehr als 25% des Grundkapitals an der AG beteiligt waren oder unternehmerisches Interesse mit hinreichender Einflussmöglichkeit hatten, soweit ihre Beteiligung unter 25 % lag.⁴⁵⁶ Außerdem musste das Aktionärsdarlehen in dem Zeitpunkt gewährt werden, in dem die AG kreditunwürdig war.

Düsseldorf, AG 1983, 250 = ZIP 1981, 601; OLG Düsseldorf, AG 1983, 250 = ZIP 1983, 786.

⁴⁵¹ Vgl. vor allem Habersach, ZHR 162 (1998), 201, 215 m.w.N.

⁴⁵² Vgl. Hüffer, AktG, § 57 Rn. 18; K. Schmidt, GesR, § 18 III 4 c, S. 533.

⁴⁵³ Vgl. Hüffer, AktG, § 57 Rn. 16; K. Schmidt, GesR, § 29 I 2, S. 884 f. Begründung dafür vgl. Immenga, ZIP 1983, 1405, f.

⁴⁵⁴ BGHZ 90, 381 = NJW 1984, 1893 = ZIP 1984, 572 = JZ 1984, 1031.

⁴⁵⁵ Vgl. Rümker, FS Stimpel, 1985, S. 677.

⁴⁵⁶ Merkel, Die konzerntypischen Kreditsicherheiten und Kreditsicherungsvereinbarungen, in Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 529, 550 m.w.N.

bb) Auswirkungen unterschiedlicher Vermögensbindung?

Aufgrund des unterschiedlichen Umfangs des Haftungsvermögens zwischen der AG und der GmbH war dabei noch zu fragen, ob die verbotene Rückgewähr sich lediglich auf das zur Erhaltung des Grundkapitals erforderliche Vermögen beschränkte. Dies wurde im Schrifttum z.T. durch die Begründung bejaht⁴⁵⁷, dass das Ersatzkapital im Rahmen des Kapitalersatzrechts nicht der Erhöhung des Grundkapitals diene⁴⁵⁸. Insofern durfte das Darlehen durch einen Aktionär, der maßgebliche Einflussmöglichkeit auf die AG hatte, nicht an den Aktionär zurückgezahlt werden, soweit es zur Deckung des Grundkapitals erforderlich war.

c) Rechtsfolge

Waren die Voraussetzungen eines eigenkapitalersetzenden Aktionärsdarlehens gegeben, haftete der Aktionär nach § 62 AktG⁴⁵⁹. Insoweit gab es keinen Unterschied zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen im GmbH-Recht.

2. Die Behandlung nach den Neuregelungen durch das MoMiG

Die Anwendung der Kapitalerhaltungsregelungen auf Aktionärsdarlehen ist, wie im GmbH-Recht, nach der neuen Vorschrift in § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG vom Gesetzgeber ausdrücklich verneint worden. Da bezüglich der gesellschafterbesichernden Drittdarlehen die sog. „Novellenregeln“ §§ 32a und 32b GmbHG a.F. gestrichen und in die InsO bzw. das AnfG verlagert wurden, handelt es sich der Sache nach um einen Anfechtungstatbestand, so dass damit eine Rechtsformneutralität hergestellt wird. Alle diese Regelungen des neuen Kapitalersatzrechts gelten künftig nicht nur für die GmbH, sondern auch rechtsformübergreifend für alle deutschen Gesellschaften,⁴⁶⁰ insoweit das Insolvenzrecht auf sie anwendbar ist. Insofern sind die Aktionärsdarlehen einschließlich der Kreditsicherung durch den Aktionär nach dem Erlass des MoMiG dann nach den oben geschilderten insolvenzrechtlichen Vorschriften wie die Gesellschafterleitungen im GmbH-Recht zu behandeln.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ Vgl. Immenga, ZIP 1983, 1405, 1411 f; Merkel, in Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, S. 529, 550 (Fn. 95:); Stodolkowitz, in Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 1997, § 84 Rn. 89.

⁴⁵⁸ Merkel, in Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, S. 529, 550.

⁴⁵⁹ Vgl. Immenga, ZIP 1983, 1405, 1408; K. Schmidt, GesR, § 29 I 2; ders., ZHR 147 (1983), 165, 175.

⁴⁶⁰ Solveen, in: Hölters Aktiengesetz, 1 § 57, Rn. 31.

⁴⁶¹ Ausf. s. Solveen, in: Hölters Aktiengesetz, § 57, Rn. 31 ff.; Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn.

218 ff.

§ 8. Die Beschränkung der Rechte der Gesellschafter und die Sicherungsgeschäfte aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses

I. Der Missbrauch der Vertretungsmacht und die Kreditsicherung durch die Gesellschaft

Die Kreditsicherung durch die Gesellschaft für einen Drittkredit an einen Gesellschafter, wie oben schon erwähnt, stellt einen typischen Fall der verdeckten Gewinnausschüttung dar. Nach der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung ist die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung für die Gewinnverwendung zuständig. Damit taucht die Frage auf, ob ein Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht gegeben ist,⁴⁶² sofern die Verwaltungsorgane bei der Durchführung der verdeckten Gewinnausschüttung in Form der Kreditsicherung durch die Gesellschaft ohne Zustimmung der Gesellschafter ihre Kompetenz überschreiten.⁴⁶³

1. Die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung und der Missbrauch der Vertretungsmacht bei der verdeckten Gewinnausschüttung

a) Begriff und Tatbestand

aa) Die Kompetenzverteilung bei der verdeckten Gewinnausschüttung und der Missbrauch der Vertretungsmacht

Über die Ausschüttung des Gewinns an die Mitglieder der Gesellschaft entscheidet ausschließlich die Hauptversammlung (§ 174 Abs. 1 Satz 1 AktG) bzw. die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 1 GmbHG). Nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung ist diese Regelung auch auf die verdeckte Gewinnausschüttung anzuwenden,⁴⁶⁴ so dass die Verwaltung ohne Zustimmung der Gesellschafter keine Maßnahme zur Durchführung von verdeckten Gewinnausschüttungen vornehmen darf. Hat die Verwaltung trotz dieser Beschränkung Teile des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter ausgeschüttet, überschreitet sie ihre Kompetenz. Diese Beschränkung besteht jedoch im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftsorganen. Im Handels- bzw. Gesellschaftsrecht ist die Vertretungsmacht der Verwaltung nach außen zur Erleichterung des Handelsverkehrs in ihrem Umfang unbeschränkbar⁴⁶⁵

⁴⁶² Ablehnende Meinung, s. K. Schmidt, GesR, § 37 III 2 d.

⁴⁶³ Vgl. K. Schmidt, GesR, § 37 III 2 d; Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 496 m. Fn. 37.

⁴⁶⁴ K. Schmidt, GesR, § 37 III 2 d; Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 491; vgl. auch Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 29 Rn. 104; Westermann, in: Scholz-GmbHG § 30 Rn. 19 m.w.N.

⁴⁶⁵ Hübner, BGB AT, 2. Aufl., 1996, § 48 C Rn. 1301.

(Vgl. §§ 50 I, 126 II, 161 HGB, § 82 I AktG, § 37 II GmbHG). Werden Teile des Gesellschaftsvermögens durch ein Rechtsgeschäft, das die Verwaltung als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft mit einem Gesellschafter oder aufgrund des Gesellschafterverhältnisses mit einem Dritten abgeschlossen hat, an einen Gesellschafter ausgeschüttet, handelt die Verwaltung dabei noch im Rahmen der Vertretungsmacht. Das Handeln des Vertreters widerspricht allerdings den im Innenverhältnis begründeten Pflichten. Man spricht dabei von dem sog. Missbrauch der Vertretungsmacht.⁴⁶⁶

bb) Der Vertrauensschutz bzw. der Schutz des Rechtsverkehrs beim Missbrauch der Vertretungsmacht

Im Vergleich zur Überschreitung der Vertretungsmacht ist beim Missbrauch der Vertretungsmacht das von der Verwaltung abgeschlossene Rechtsgeschäft durch die Vollmacht gedeckt. Die Verwaltung handelt hier nur gegen die im Innenverhältnis gegründete Beschränkung und daher pflichtwidrig. In diesem Fall ist der Geschäftspartner, der sich auf das Handeln des Vertreters verlässt, im Interesse des Rechtsverkehrs nach geltender Rechtsordnung schutzwürdig und der Vertretene grundsätzlich an die Erklärung seines Vertreters gebunden (das Abstraktionsprinzip).⁴⁶⁷ Insofern führt der Missbrauch der Vertretungsmacht nicht wegen des Handelns ohne Vertretungsmacht zur Unwirksamkeit des der verdeckten Gewinnausschüttung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts.⁴⁶⁸ Allerdings besteht auch in diesem Bereich Freiraum für eine Interessenabwägung, „die einerseits den Schutz des Rechtsverkehrs beachtet, andererseits dem berechtigten Schutzbedürfnis des Vertretenen Rechnung trägt“.⁴⁶⁹ Der Geschäftspartner verdient dann keinen Schutz, „wenn ihm der Missbrauch der Vertretungsmacht bekannt ist oder sich ihm aufdrängen muss“, ⁴⁷⁰ wobei zwei Fallgruppen wie im Folgenden zu unterscheiden sind.

cc) Keine Schutzwürdigkeit des Geschäftspartners

Zum einen ist im Fall der Kollusion, in dem der Geschäftspartner mit dem Vertreter zum Schaden des Vertretenen einverständlich zusammenwirkt, allgemein anerkannt, dass der Geschäftspartner nicht mehr schutzwürdig ist.⁴⁷¹ Nicht schutzwürdig ist der

⁴⁶⁶ Vgl. Hübner, BGB AT, § 48 C Rn. 1296.

⁴⁶⁷ Vgl. Brox, BGB AT, 23. Aufl., 1999, § 23 Rn. 507, 530; Hübner, BGB AT, § 48 C Rn. 1296.

⁴⁶⁸ A.A. geht dabei ohne weiteres von der Anwendung von §§ 177 ff. BGB wegen Handeln ohne Vertretungsmacht aus, vgl. Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 493, 505.

⁴⁶⁹ Hübner, BGB AT, § 48 C Rn. 1301.

⁴⁷⁰ Brox, BGB AT, § 23 Rn. 530.

⁴⁷¹ Vgl. Brox, BGB AT, § 23 Rn. 531; Hübner, BGB AT, § 48 C Rn. 1297; Medicus, BGB AT, 7. Aufl.,

Geschäftspartner außerdem, wenn er die innere Begrenzung bzw. die Überschreitung der Vertretungsmacht kennt, ohne einverständlich zusammengewirkt zu haben.⁴⁷²

Nach der Rechtsprechung und der im Schrifttum herrschenden Meinung ist dies schon der Fall, wenn die Beschränkung im Innenverhältnis für den Geschäftspartner offensichtlich ist (die sog. Evidenztheorie),⁴⁷³ wobei keine subjektive Voraussetzung seitens des Vertreters erforderlich ist.⁴⁷⁴ Während der erst genannte Fall eine bürgerrechtliche Frage darstellt und wenig mit der Kompetenzverteilung zu tun hat, geht es bei letzterem Fall um eine typische Frage der Kompetenzverteilung.

b) Rechtsfolge des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch verdeckte Gewinnausschüttung

aa) Rechtsfolge des Missbrauchs der Vertretungsmacht

Schließt die Verwaltung im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten ab, führt dies, wie oben geschildert, nicht ohne weiteres zur Nichtigkeit dieses Rechtsgeschäfts. Handelt der Dritte dabei gutgläubig, ist er schutzwürdig, so dass das Rechtsgeschäft den Vertretenen trifft. Im Fall der Kollusion ist das Rechtsgeschäft nach § 138 BGB nichtig.⁴⁷⁵ Kommt man nach der oben genannten Evidenztheorie zu dem Ergebnis, dass die Begrenzung der Vertretungsmacht im Innenverhältnis dem Geschäftspartner offensichtlich ist, ist er nicht mehr schutzwürdig, so dass der Vertreter auch diesem gegenüber ohne Vertretungsmacht handelt, und das Rechtsgeschäft damit nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam ist.⁴⁷⁶ In diesem Fall kann es nur wirksam werden, wenn die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung es nachträglich durch einen Beschluss genehmigt. Solcher Vertretungsmacht bedarf die Verwaltung nicht nur beim Abschluss eines obligatorischen Rechtsgeschäfts, das die Vermögensausschüttung an die Gesellschafter beinhaltet, sondern auch beim dinglichen Rechtsgeschäft, durch das das Vermögen der Gesellschaft tatsächlich den

1997, § 58 Rz. 680, 966.

⁴⁷² Vgl. Brox, BGB AT, 1999, § 23 Rn. 532; Hübner, BGB AT, § 48 C Rn. 1299.

⁴⁷³ Vgl. BGH WM 1966, 491; BGHZ 50, 112, 114; 94, 132, 138; 113, 315, 320; BGH NJW 1990, 387; Brox, BGB AT, 23. Aufl., 1999, § 23 Rn. 533; Hübner, BGB AT, § 48 C Rn. 1300 m.w.N.; Medicus, BGB AT, § 58 Rz. 967 m.w.N.

⁴⁷⁴ Vgl. Brox, BGB AT, § 23 Rn. 534; Hübner, BGB AT, § 48 C Rn. 1298; Medicus, BGB AT, § 58 Rz. 968; Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 134, jeweils m.w.N.

⁴⁷⁵ Vgl. Brox, BGB AT, § 23 Rn. 531 m.w.N.; Hübner, BGB AT, § 48 C Rn. 1297; Medicus, BGB AT, § 58 Rz. 966.

⁴⁷⁶ Brox, BGB AT, § 23 Rn. 532; a.A. vertritt der BGH, der zu Rechtsfolgen des Missbrauchs der Vertretungsmacht von dem Grundsatz von c.i.c. ausgeht, vgl. Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 139 m.w.N. Im Schrifttum wird z.T. die Lehre des Missbrauchs der Vertretungsmacht verneint und hat dabei das ungerechtfertigte Bereicherungsrecht zur Folge, vgl. K. Schmidt, GesR, § 37 III 2 d m.w.N.; sie wird jedoch von a.M. abgesehen, s. Martin Winter, ZHR 148 (1948), 588.

Gesellschaftern zugeführt wird. Damit könnten beide Rechtsgeschäfte ohne Gesellschafterbeschluss (schwebend) unwirksam sein.⁴⁷⁷ Insoweit steht der Gesellschaft eine sachenrechtliche Herausgabeforderung gegenüber den begünstigten Gesellschaftern zu⁴⁷⁸. Die Mitgesellschafter spielen allerdings in diesem Zusammenhang keine Rolle und ihnen steht auch kein Anspruch zu.⁴⁷⁹

bb) Keine Schutzwürdigkeit des Gesellschafters bei der verdeckten Gewinnausschüttung?

(1) Die Gesellschaft ist eine verselbstständigte Rechtsperson. Sie darf Rechtsgeschäfte auch mit ihren Gesellschaftern abschließen, wobei die Gesellschafter als Geschäftspartner sich auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht der Verwaltungsorgane verlassen dürfen, ohne Rücksicht auf die Frage der Innenbefugnis des gesetzlichen Vertreters zu nehmen.⁴⁸⁰ Allerdings besteht hier auch die Problematik des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Wie oben erwähnt, soll der Grundsatz des Missbrauchs der Vertretungsmacht auch im Handels- bzw. Gesellschaftsrecht gelten. Damit sind die der verdeckten Gewinnausschüttung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte im Fall der Kollusion ohnehin nichtig.⁴⁸¹ Im Fall der Bösgläubigkeit des Gesellschafters als Geschäftspartner ohne bewusst schädigende Zusammenwirkung mit der Verwaltung kann sich die Gesellschaft bei verdeckter Gewinnausschüttung, wie bei Rechtsgeschäften mit einem gesellschaftsfremden Dritten, dem Gesellschafter gegenüber auf den Grundsatz des Missbrauchs der Vertretungsmacht nur berufen, wenn dies im einzelnen Fall dem Gesellschafter evident ist.⁴⁸² Jedoch ist zu fragen, ob dabei die Evidenz für jeden Gesellschafter stets gegeben ist, da die gesellschaftliche Kompetenzverteilung im Gesetz vorgeschrieben ist.

(2) Über den Missbrauch der Vertretungsmacht sind im Gesellschaftsrecht die Beschränkungen durch die Satzung, die Beschlüsse bzw. Weisungen der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats usw. viel diskutiert. Der Zugang zu Informationen über solche gesellschaftsinternen Beschränkungen ist für einen außenstehenden Dritten schwierig. Deshalb ist der Drittgeschäftspartner in Vermutung schutzwürdig, wenn im betroffenen Sachverhalt offensichtlich nichts gegen ihn spricht. Deshalb ist für die Geltung des Grundsatzes der Unbeschränkbarkeit der

⁴⁷⁷ Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 493, 505.

⁴⁷⁸ Vgl. Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 493, 494.

⁴⁷⁹ Vgl. Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 494.

⁴⁸⁰ Vgl. BGHZ 94, 132, 139 f.; Mertens, in: KölnKommAktG, § 78 Rn. 6, 38; Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 24 m.w.N.; Emmerich, HeymannHGB, 1989, Bd. 2, § 126 Rn. 15.

⁴⁸¹ Vgl. Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 133a.

⁴⁸² Vgl. Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 24.

Vertretungsmacht bei der verdeckten Gewinnausschüttung entscheidend, ob der Zugriff auf solche Informationen über die interne Beschränkung der Vertretungsmacht für den Gesellschafter als Geschäftspartner genauso schwierig wie für einen außenstehenden Dritten ist.

Im Schrifttum ist es anerkannt, dass die Beschränkung der Vertretungsmacht bei Rechtsgeschäften mit den Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern diesen entgegengehalten werden kann.⁴⁸³ Sogar die Bediensteten der Gesellschaft, wie Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte, müssen die Beschränkung der Verwaltungsorgane gegen sich gelten lassen, wenn sie durch Vertrag mit der Gesellschaft solch eine Beschränkung zu kennen und respektieren verpflichtet sind.⁴⁸⁴ Solche Personen haben jeweils Eingriffsmöglichkeiten in die internen Angelegenheiten der Gesellschaft und sind nicht wie ein außenstehender Dritter zu behandeln. Für die Schutzwürdigkeit der Gesellschafter beim Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft wird im Schrifttum des GmbH-Rechts, in Anlehnung an die BGH-Entscheidungen über die Beschränkung der Vertretungsbefugnis bei den Personenhandelsgesellschaften,⁴⁸⁵ die Meinung vertreten, dass die Gesellschafter beim Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft nicht den Schutz durch den Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht verdienen, da sie den Gesellschaftsvertrag kennen und sich um die Kenntnis von Weisungen bemühen müssen.⁴⁸⁶ Damit müssen die Gesellschafter sich bei der verdeckten Gewinnausschüttung die internen Beschränkungen der Geschäftsführer entgegensetzen lassen.⁴⁸⁷ Allerdings soll der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht für die Gesellschafter weiterhin gelten, wenn sie „typischerweise nicht an der Satzungsgestaltung mitwirken, sondern durch Beitritt die Gesellschafterstellung erlangt haben, also etwa wie bei Publikumsgesellschaften.“⁴⁸⁸ In diesem Fall sind die Gesellschafter wie gesellschaftsfremde Dritte zu behandeln. Die von ihnen mit der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte stellen deshalb Verkehrsgeschäfte dar und sind von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer gedeckt.⁴⁸⁹ Dies soll auch im Aktienrecht gelten.

Anders als die Befugnisbeschränkung durch die Satzung oder die Beschlüsse der

⁴⁸³ Etwa aufgrund des § 93 oder § 116 AktG, oder des Grundsatzes von Treu und Glauben, vgl. Mertens, in: KölnKommAktG, § 82 Rn. 43; Emmerich, HeymannHGB, Bd. 2, § 126 Rn. 21.

⁴⁸⁴ Mertens, in: KölnKommAktG, § 82 Rn. 44.

⁴⁸⁵ Vgl. BGHZ 38, 32; BGH BB 1974, 996; BGH BB 1976, 527; Habersack, Gross-HGB, § 126 Rn. 10; Baumbach/Hopt, HGB, § 126 Rn. 6.

⁴⁸⁶ Im GmbH-Recht vgl. Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 27.

⁴⁸⁷ Uwe H. Schneider, Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 27 m.w.N.; Emmerich, Scholz-GmbHG, § 29 Fn. 106; für die Personengesellschaften vgl. Heymann/Emmerich, HGB § 126 Rn. 18 ff.

⁴⁸⁸ Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 28.

⁴⁸⁹ Vgl. Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 25.

Gesellschafter ist die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung, die nicht vom Willen der Gesellschafter abhängig gemacht werden kann, im Gesetz vorgeschrieben und deshalb für jeden ohne Schwierigkeit zugänglich. Wie oben erwähnt, ist die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung für die offene wie auch die verdeckte Gewinnausschüttung zuständig. Bei der verdeckten Gewinnausschüttung ohne Zustimmung der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung ist dem Gesellschafter als Geschäftspartner deshalb offenkundig, dass die Verwaltung der Gesellschaft dabei ihre organschaftliche Kompetenz überschreitet. Die der verdeckten Gewinnausschüttung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte sind schließlich ohne weiteres nach §§ 177 ff. BGB zu beurteilen.

(3) Daraus ergibt sich, dass die gesellschaftsinterne Beschränkung auch bei der verdeckten Gewinnausschüttung durch konzerninterne Rechtsgeschäfte mit verbundenen Unternehmen gelten soll, sei es bei Rechtsgeschäften mit dem herrschenden Unternehmen der Gesellschaft selbst oder mit dessen verbundenen Unternehmen.⁴⁹⁰

c) Ein Missbrauch der Vertretungsmacht bei der Kreditsicherung durch die Gesellschaft?

Anders als im Fall der typischen verdeckten Gewinnausschüttung, bei der die Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens durch Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit einem Gesellschafter durchgeführt wird, handelt es sich im vorliegenden Sachverhalt jedoch um ein zwischen der Gesellschaft und einem Drittsicherungsnehmer abgeschlossenes Sicherungsgeschäft. Es stellt sich deshalb die Frage, ob überhaupt auch in diesem Fall die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung überschritten wird, und wenn ja, inwiefern sich dies auf den gesellschaftsfremden Dritten als Sicherungsnehmer auswirkt.

Zum Geschäft einer Gesellschaft mit einem Dritten wird im Schrifttum für folgende Fälle angenommen, dass die interne Beschränkung der Vertretungsmacht auch den Dritten bindet, wenn

- 1) der Geschäftspartner ein verbundenes Unternehmen eines Gesellschafters ist;⁴⁹¹
- 2) der Gesellschafter, entweder als Organ, oder als gesetzlicher bzw. bevollmächtigter Vertreter des Dritten, als Geschäftspartner an dem Rechtsgeschäft mitwirkt;⁴⁹²

⁴⁹⁰ Vgl. auch Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 29 m.w.N.

⁴⁹¹ Siehe oben b) bb) (3).

⁴⁹² Etwa nach § 166 Abs. 1 BGB, vgl. Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 502.

- 3) der Geschäftspartner arglistig mit den Geschäftsführern zum Schaden der Gesellschaft zusammenwirkt (Kollusion);⁴⁹³
- 4) die Geschäftsführer bewusst zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt haben und sich dem Dritten dieses Verhalten geradezu aufdrängen musste;⁴⁹⁴
- 5) der Geschäftspartner auch eine Gesellschaft ist und deren Gesellschafter sämtlich auch an der zu kontrahierenden Gesellschaft beteiligt sind.⁴⁹⁵

Demzufolge kann man zuerst davon ausgehen, dass im Fall der Kollusion das Sicherungsgeschäft wegen der arglistigen Zusammenwirkung der Geschäftsführer mit dem sicherungsnehmenden Kreditinstitut als Geschäftspartner nach § 138 BGB nichtig ist.⁴⁹⁶ Der BGH hat dies in vielen Entscheidungen anerkannt,⁴⁹⁷ allerdings nur unter der Voraussetzung, dass es den Parteien des Sicherungsgeschäfts bewusst ist, dass neue Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht würden und dadurch Schaden erleiden könnten.⁴⁹⁸ Hierbei soll es nicht auf die Erkenntnis des Kreditinstituts ankommen, dass der Kreditgeber ein Gesellschafter der sicherungsnehmenden Tochtergesellschaft ist und die Sicherheitenbestellung die Kapitalbindung verletzt.⁴⁹⁹

Außerdem kann sich die sicherungsnehmende Bank nicht auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht berufen, wenn sie als ein verbundenes Unternehmen des Gesellschafters zu betrachten ist. In diesem Fall geht es um die sog. konzerninterne Finanzierung, die in der vorliegenden Arbeit nicht zu behandeln ist. Ganz problematisch ist der Fall, in dem das Sicherungsgeschäft ohne bewusst schädigende Zusammenwirkung der Gesellschaft mit einem konzernfremden Dritten abgeschlossen wird.

Nach der Evidenztheorie soll die sicherungsnehmende Bank an die interne Beschränkung der Vertretungsmacht der sicherungsgebenden Gesellschaft gebunden sein, wenn ihr diese offenkundig ist. Anders als im Fall der Rechtsgeschäfte mit einem Gesellschafter ist die Regelung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung zwar im Gesetz vorgeschrieben und kann deshalb von der Bank als Geschäftspartner ohne Schwierigkeit zur Kenntnis genommen werden. Allerdings kann sich nicht ohne weiteres daraus ergeben, dass die interne Beschränkung der

⁴⁹³ Vgl. Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 133, 133a.; Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 503.

⁴⁹⁴ Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 503; Uwe H. Schneider, in: Scholz-GmbHG, § 35 Rn. 75.

⁴⁹⁵ Dabei fehlt es an einem Verkehrsgeschäft, vgl. Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 503.

⁴⁹⁶ Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 395, 410.

⁴⁹⁷ BGHZ 10, 228, 232; BGH, WM 1958, 1082; BGH, WM 1982, 1402.

⁴⁹⁸ Vgl. BGHZ 10, 228, 232; BGH, WM 1982, 1406.

⁴⁹⁹ Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 411 f.; a.A. Schön, ZHR 159 (1995), 351, 366 f.

Vertretungsmacht auch die Bank beschränkt. Denn die Gesellschafterstellung des Kreditnehmers ist für die Bank nicht immer erkennbar. Ohne Kenntnis von der Gesellschafterstellung des Kreditnehmers ist von der Bank nicht die Beachtung der Frage zu verlangen, ob es sich dabei um eine verdeckte Gewinnausschüttung und deshalb eventuell um einen Missbrauch der Vertretungsmacht handelt. Insofern ist das Vertrauen der Bank auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht schutzwürdig. Kennt die Bank allerdings die Gesellschaftereigenschaft des Kreditnehmers, muss sie auch auf die Kompetenzverteilung achten. Ohne Zustimmung der Gesellschafter kann sie sich dann nicht auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht berufen.

2. Das Verhältnis zwischen dem Missbrauch der Vertretungsmacht und den Kapitalerhaltungsregeln

Nach oben Geschildertem können die verdeckten Gewinnausschüttungen nicht nur den Grundsatz der Kapitalerhaltung, sondern auch die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung berühren. Damit stellt sich die Frage, ob die Regeln der Kapitalerhaltung gegenüber den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht auf die verdeckte Gewinnausschüttung vorrangig anzuwenden sind. Dabei geht es lediglich um die Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens an einen Gesellschafter ohne Zustimmung der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung. Bei den Ausschüttungen mit der Zustimmung der Gesellschafter liegt kein Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung vor, wohl kann aber in diesem Fall der Grundsatz der Kapitalerhaltung überschritten werden.

In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass §§ 177 ff. BGB keine Anwendung auf diesen Fall finden sollen, da die Haftung der Geschäftsführer wegen Verstoßes gegen die Regelung der Kapitalerhaltung des § 30 GmbHG in § 43 Abs. 3 GmbHG besonders vorgeschrieben ist⁵⁰⁰. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Zum ersten regeln § 43 Abs. 3 GmbHG bzw. § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG lediglich die Haftung der Mitglieder der Verwaltung, während es bei §§ 177 ff. BGB um die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts geht. Zweitens dienen die Regeln der Kapitalerhaltung in erster Linie dem Gläubigerschutz und können nicht durch die Satzung oder die Gesellschafterbeschlüsse verdrängt werden, während die Kompetenzverteilung zur Autonomie der Gesellschaft zählt und ein pflichtwidriges Handeln außerhalb der Zuständigkeit der Verwaltung durch die Genehmigung der Gesellschafter nachträglich geheilt werden kann. Beide Rechtsinstitutionen haben unterschiedliche Normzwecke

⁵⁰⁰ Vgl. Winter, ZHR 148 (1984), 579, 588 ff. Im Aktienrecht gilt nichts anderes als im GmbH-Recht, vgl. § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG.

sowie Anwendungsbereiche. Im Ergebnis kann man davon ausgehen, dass die für die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung entwickelten Grundsätze neben den Kapitalerhaltungsregeln auf die verdeckte Gewinnausschüttung Anwendung finden.

II. Die gesellschaftliche Treuepflicht und Kreditsicherung aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses

Die Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft für einen Drittkredit an einen Gesellschafter wird einerseits durch die Geschäftsführer vorgenommen und kann deshalb einen Missbrauch der Vertretungsmacht auslösen. Andererseits könnten solche Maßnahmen zugunsten eines Gesellschafters häufig von den Gesellschaftern veranlasst werden, die dadurch begünstigt werden. Dies passiert ganz häufig in einer GmbH, wenn die begünstigten Gesellschafter Geschäftsführer der Gesellschaft sind. Aber auch die Aktionäre einer AG oder die Mehrheitsgesellschafter einer GmbH ohne Geschäftsführungsposition können durch die Ausübung der Gesellschafterrechte oder faktische Einflussnahme solche Maßnahmen veranlassen. Allerdings ist die Rechtsausübung bzw. Einflussnahme der Gesellschafter auf die Gesellschaft nicht unbeschränkt. Unter die Beschränkung fällt in erster Linie die mitgliedschaftliche Treuepflicht.

1. Die gesellschaftliche Treuepflicht im Allgemeinen

a) Grundlage der gesellschaftlichen Treuepflicht und der Haftungsmaßstab

Die Belange der Gesellschaft oder der Minderheitsgesellschafter können durch die Handlungen der Gesellschaftermehrheit geschädigt werden, indem sie die Verfolgung gesellschaftsfremder Interessen willkürlich mit Hilfe der Mehrheitsmacht, etwa durch Stimmabgabe⁵⁰¹ bei den Vorgängen der Willensbildung der Gesellschaft einerseits oder durch faktische Einflussnahme⁵⁰² auf die Geschäftsführung andererseits, durchsetzt. Damit das Gleichgewicht der Gesellschafter nicht wegen des in der Kapitalgesellschaft geltenden Mehrheitsprinzips beeinträchtigt wird, wurde in der Rechtsprechung und Literatur versucht, die Mehrheitsmacht mit der Einführung der

⁵⁰¹ Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 38; Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 54, jeweils m.w.N.

⁵⁰² Zum faktischen Einfluss der Gesellschaftermehrheit auf die Geschäftsführung ohne Beschluss vgl. BGHZ 65, 15, 19 „ITT“; Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 56 m.w.N.

gesellschaftlichen Treuepflicht zu kontrollieren. Trotz der Einwendungen⁵⁰³ ist heute die mitgliedschaftliche Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und unter den Mitgesellschaftern in der Kapitalgesellschaft nahezu allgemein anerkannt⁵⁰⁴. Danach ist jeder Gesellschafter – vor allem der Mehrheitsgesellschafter – bei Ausübung der Gesellschafterrechte gezwungen, die Interessen der Gesellschaft und anderer Mitgesellschafter zu berücksichtigen und darf sich keine Sondervorteile zu deren Schaden verschaffen⁵⁰⁵. Dies gilt sowohl für Aktiengesellschaften als auch für Gesellschaften mbH.⁵⁰⁶

Aus der gesellschaftlichen Treuepflicht heraus verpflichten sich alle Mitglieder der Gesellschaft bei Maßnahmen in der abhängigen Gesellschaft auf den gemeinsamen Zweck sowie die legitimen Interessen der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen.⁵⁰⁷ Diese Verpflichtung wird verletzt, sobald die Gesellschaft durch Einflussnahme ihrer Mitglieder grundlos geschädigt wird oder durch die die Rechte der Mitgesellschafter ohne Not verkürzt werden.⁵⁰⁸ Bezüglich des Haftungsmaßstabs ist die Analogie des § 43 GmbH heranzuziehen und daran anzuknüpfen, „ob der pflichtbewusste und ordentliche Geschäftsführer einer unabhängigen Gesellschaft, der sich allein am Interesse der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter orientiert, die fragliche Maßnahme gleichfalls vorgenommen oder wegen ihrer Risiken für die abhängige Gesellschaft unterlassen hätte.“⁵⁰⁹

b) Die Fallgruppen der Treuepflichtverletzung

Die gesellschaftliche Treuepflicht hat eine Schrankenfunktion sowie eine Förderungsfunktion⁵¹⁰. Mit der Schrankenfunktion verbietet die Treuepflicht alle

⁵⁰³ Vgl. Wiedemann, GesR, § 8 II 3 m.w.N. in Fn. 23, 24; K. Schmidt, GesR, § 28 I 4, S. 808; Hüffer, AktG, § 53a Rn. 14.

⁵⁰⁴ Vgl. BGHZ 14, 25, 38. Im GmbH-Recht vgl. K. Schmidt, GesR, § 20 IV 2; § 28 I 4, S. 808; Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 50, jeweils m.w.N. Die Begründung bleibt jedoch umstritten, vgl. K. Schmidt, GesR, § 20 IV 1 b; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 36; Im Aktienrecht, vgl. Hüffer, AktG, § 53a Rn. 14 m.w.N. der Rechtspraxis; Wiesner, MünchHdbAktG, § 17 Rn. 14, jeweils m.w.N. Zur Anerkennung der Treuepflicht der Aktionäre von BGH, BGHZ 103, 183, in diesem Urteil hat der BGH auf die „ITT“-Entscheidung (nur für GmbH) hingewiesen, vgl. Lutter, ZHR 153 (1989), 446, 463. Zur Entwicklung der gesellschaftlichen Treuepflicht vgl. Thomas Jilg, Die Treuepflicht des Aktionärs, 1996, S. 64 f.

⁵⁰⁵ Wiedemann, GesR, § 2 I 1 b), S. 95 m.w.N.; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 39.

⁵⁰⁶ Vgl. K. Schmidt, GesR, § 16 II 4 c), S. 472; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 36 Fn. 35 m.w.N.

⁵⁰⁷ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 68.

⁵⁰⁸ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 68.

⁵⁰⁹ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13 Rn. 68, 73 f., wobei an die zu den §§ 311 und 317 AktG entwickelten Maßstäbe angeknüpft wird. Allerdings kommt dabei eine Anwendung der Schadensersatzpflicht durch Nachteilsausgleich entsprechend § 311 AktG grundsätzlich nicht in Betracht.

⁵¹⁰ Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 37; Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 54 ff., 59 ff.;

schädigenden Maßnahmen der Gesellschafter, wobei sie bei der Rechtsausübung oder sonstiger Einflussnahme in der Gesellschaft auf die Interessen der Gesellschaft bzw. der übrigen Gesellschafter Rücksicht zu nehmen haben.⁵¹¹ Die Förderungsfunktion liegt darin, dass die Gesellschafter entsprechend § 705 BGB zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks verpflichtet sind.⁵¹² In diesen Funktionen findet die Verletzung der Treuepflicht ihre Grundlage. In der Rechtsprechung und Literatur wird eine Verletzung der Treuepflicht unter folgenden Umständen angenommen:

aa) Veranlassung zur Maßnahme gegen den Gesellschaftszweck

Zu beachten ist zunächst der Gesellschaftszweck, mittels dem das Interesse der Gesellschaft zu definieren ist.⁵¹³ Die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sind entsprechend dem § 705 BGB zur Förderung des Gesellschaftszwecks verpflichtet. Haben sie die Gesellschaft zur zweckwidrigen Maßnahme veranlasst, führt dies zur Verletzung der Treuepflicht.⁵¹⁴ Entscheidend ist dafür, ob die in der Geschäftsführung sowie in den Gesellschafterbeschlüssen getroffene Entscheidung oder Maßnahme, die der (herrschende) Gesellschafter mit seinem Gesellschafterrecht bewirkt, zur Erreichung des Gesellschaftszwecks „objektiv geeignet und erfolgversprechend“ ist⁵¹⁵. Dies gilt insbesondere für die sog. Geschäftsführungsangelegenheiten⁵¹⁶.

bb) Willkürliche, unerforderliche oder unverhältnismäßige Handlung

Bei der Rechtsausübung der Gesellschafter sind neben den Gesellschaftsinteressen noch die Belange der Mitgesellschafter zu beachten. Dabei verdienen insbesondere die Interessen der Gesellschaft bei der Ausübung der eigennützigen Mitgliedsrechte

Lutter, ZHR 162 (1998), 166 f., 177. Im Schrifttum wird auch von einer rechtsbeschränkten und pflichtenbegründenden Funktion gesprochen, vgl. Albrecht Nehls, Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Aktienrecht, 1993, Hamburg, S. 4, 88. Nach BGH-Entscheidung beschränkt sich die Förderungspflicht der Aktionäre grundsätzlich auf die Einlageleistung, BGH WM 1995, 882, 886, s. Tomas Jilg, Die Treuepflicht des Aktionärs, 1996, Frankfurt, S. 64 ff.

⁵¹¹ Vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 II 3, S. 431; Emmerich, Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 37 f. m.w.N.

⁵¹² Vgl. Lutter, ZHR 162 (1998), 166 m. Fn. 18.

⁵¹³ Servatius, in: Michalski GmbHG, Systematische Darstellung 4, Rn. 408; Wiesner, MünchHdbAktG, § 17 Rn. 15, 17 m.w.N.; Rowedder, Die rechtliche Gestaltung der AG und der GmbH unter Berücksichtigung der Unternehmenspraxis, in Lutter/Semler (Hrsg.), Rechtsgrundlagen freier Unternehmensewirtschaft, 1991, S. 51.

⁵¹⁴ Für Aktienrecht, vgl. Hüffer, AktG, § 53a Rn. 16; Wiesner, in: MünchHdbAktG, § 17 Rn. 15, 17; eben so auch Lutter, ZHR 153 (1989), 453, jeweils m.w.N. Für GmbH-Recht, vgl. H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, Einl. Rn 8; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 37 m.w.N.; „ITT“-Entscheidung, BGHZ 65, 15 = BB 1975, 1450; a.A. gegen dieses Kriterium vgl. Tomas Jilg, Die Treuepflicht des Aktionärs, 1996 Frankfurt, S. 66.

⁵¹⁵ Vgl. Wiedemann, GesR, § 8 II 3 b), S. 435.

⁵¹⁶ Vgl. Andreas Fillmann, Treuepflichten der Aktionäre, 1991, Frankfurt, S. 104; Hüffer, AktG, § 53a Rn. 16; Wiesner, in: MünchHdbAktG, § 17 Rn. 15, 17; ebenso auch Lutter, ZHR 153 (1989), 453 m.w.N. Beispiele für Geschäftsführungsangelegenheiten, vgl. Winter, Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 56.

nicht unbedingt vorrangige Berücksichtigung.⁵¹⁷ Es ist zu berücksichtigen, dass die Gesellschafterrechte nicht willkürlich ausgeübt werden dürfen⁵¹⁸. Willkürliche Durchsetzung des Mehrheitsinteresses führt zur Schädigung der mitgliedschaftlichen Belange. Unter die willkürliche Rechtsausübung fallen diejenigen Maßnahmen, die grundlos sind oder aus sachfremden Erwägungen vorgenommen werden.⁵¹⁹ Darüber hinaus ist die Rechtsausübung der Gesellschafter auch treuwidrig, wenn sie nicht erforderlich oder unverhältnismäßig ist⁵²⁰. Allerdings sind diese Begriffe im Einzelfall noch nach der Art des Rechts und den jeweils vorliegenden besonderen Umständen zu bestimmen⁵²¹.

cc) Erwerb von Sondervorteilen:

Die Gesellschafter sind zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks der Gesellschaft verpflichtet, so dass die Verfolgung von gesellschaftsfremden Interessen zum Schaden der Gesellschaft unzulässig ist. Demzufolge liegt eine Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht auch dann vor, wenn ein Gesellschafter zum Schaden der Gesellschaft, etwa durch Ausübung des Stimmrechts, gesellschaftsfremde Sondervorteile für sich oder einen Dritten zu erlangen sucht⁵²², wobei die Interessen anderer Mitgesellschafter auch dadurch geschädigt werden⁵²³. Gesetzlich ist dieses Verbot der Verfolgung von Sondervorteilen im § 243 Abs. 2 S. 1 AktG besonders geregelt, doch ist es keine aktienrechtliche Sonderregel, sondern Bestandteil des allgemeinen Verbandsrechts⁵²⁴, und es soll auch für die Gesellschaften mbH gelten.

2. Rechtsfolgen der Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht

a) Die Verletzungsfolgen

⁵¹⁷ Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 57.

⁵¹⁸ Hüffer, AktG, § 53 a Rn. 16; Tomas Jilg, Die Treuepflicht des Aktionärs, 1996, S. 65 f. m.w.N.; Hüffer, FS Ernst Steindorff, S. 59, 69; ders., AktG, § 53a Rn. 16; Henze, BB, 1996, 479, 493.

⁵¹⁹ Vgl. Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 58; Hüffer, AktG, § 53a Rn. 16; Wiesner, MünchHdbAktG, § 17 Rn. 19.

⁵²⁰ Vgl. Lutter, NJW 1954, 777, 779; Wiedemann, GesR, § 8 II 3 b; Winter, Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 58; Hüffer, AktG, § 53a Rn. 16, vor allem Rn. 20 ff.; in anderen Anwendungsfällen vgl. Lutter, ZHR 153 (1989), 446, 458 ff. Henn, Hdb des Aktienrechts, 1994, Rn. 921; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 38.

⁵²¹ Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 53.

⁵²² Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 38; Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 55 ff.; K. Schmidt, GesR, § 21 II 3 b), S. 615 f.

⁵²³ Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 39 m. Fn. 47.

⁵²⁴ K. Schmidt, GesR, § 21 II 3 b.

aa) Schadensersatzansprüche

Handelt ein Gesellschafter treuwidrig und verursacht dadurch der Gesellschaft oder den anderen Mitgesellschaftern Schaden, so ist er nach den §§ 249 bis 252 BGB zum Schadensersatz diesen gegenüber verpflichtet⁵²⁵. Als Folge ist er damit zur Wiederherstellung des bisherigen Vermögensstandes der Gesellschaft verpflichtet.⁵²⁶ Der durch treuwidriges Handeln der Gesellschafter bewirkte Gesellschafterbeschluss ist rechtswidrig⁵²⁷ und deshalb unbeachtlich.⁵²⁸

bb) Unterlassung- bzw. Beseitigungsansprüche

Neben Schadensersatzansprüchen stehen der Gesellschaft nach § 249 BGB ferner Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zu, insbes. auf Widerruf unzulässiger Weisungen oder auf Rückgängigmachung sonstiger schädigender Maßnahmen.⁵²⁹ Wird durch die treuwidrige Handlung des Mehrheitsgesellschafters ein Beschluss bewirkt, der eine schädigende Maßnahme beinhaltet, so wird dem Minderheitsgesellschafter ein Anspruch auf Unterlassung der Verletzungsmaßnahme oder Beseitigung des verletzenden Zustandes gegen die Gesellschaft eingeräumt⁵³⁰. Zur Geltendmachung dieser Ansprüche einschließlich der oben genannten Schadensersatzansprüche ist gem. § 46 Nr. 8 GmbHG grundsätzlich ein dahin zielender Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich.⁵³¹

b) Ausstreckung auf einen Dritten?

aa) Keine Anwendung auf Drittgeschäfte

Die oben geschilderten Rechtsfolgen beziehen sich auf die Gesellschafter, die

⁵²⁵ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 85; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 II 3, S. 431, vgl. auch ebenda § 8 IV 1 c) bb), S. 461 f.; Winter, Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 62; Hüffer, AktG, § 53 a Rn. 21; Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Frankreichs, Belgiens und Deutschlands, S. 182; Emmerich, Scholz-GmbHG, 1996, § 13 Rn. 38a; Schiessl, in: MünchHdbGesR, GmbHG, § 32 Rn. 31; Baumbach/Hueck, § 13 Rn. 31, jeweils m.w.N.

⁵²⁶ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 III 1, S. 442. Lutter hält dies nur für einen Ausnahmefall, vgl. ders., ZHR 162 (1998), S. 164, 182.

⁵²⁷ Wiedemann, GesR, § 8 II 4, S. 436, und § 8 IV 2 a), S. 466.

⁵²⁸ Die h.M. geht dabei von einer Nichtigkeit der Beschlüsse aus, vgl. Wiedemann, GesR, § 8 II 3, S. 431; Hüffer, AktG, § 53 a Rn. 22 m.w.N.; für die Anfechtbarkeit des Beschlusses, vgl. Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 506.

⁵²⁹ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 85.

⁵³⁰ Vgl. BGHZ 83, 122, 138; BGH JZ 1998, 47; K. Schmidt, GesR, § 20 IV 4; § 21 V 3 a); Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 52, 60 m.w.N.; zur Beseitigung des verletzenden Zustandes vgl. K. Schmidt, GesR, § 21 V 3 a), S. 651 m.w.N.

⁵³¹ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 87.

treuwidrig gehandelt haben. Für den vorliegenden Sachverhalt bleibt jedoch fraglich, ob die Gesellschaft sich für die Rechtsgeschäfte, die sie durch Veranlassung eines Gesellschafters mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen hat und durch die ein Gesellschafter dadurch mittelbar oder unmittelbar begünstigt wird, auf solche Rechtsfolgen, vor allem Unterlassungs- bzw. Beseitigungsansprüche, berufen kann. Diese Frage ist zu verneinen, denn die gesellschaftliche Treuepflicht bezieht sich auf das Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern bzw. zwischen Mitgesellschaftern. Normadressat ist hierbei der treuwidrig handelnde Gesellschafter, nicht aber der gesellschaftsfremde Dritte, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft mit dem Dritten unter Umständen einem Gesellschafter zuzurechnen ist, etwa weil der Dritte dem begünstigten Gesellschafter nahe steht oder für dessen Rechnung handelt.

bb) Rechte der Gesellschaftsgläubiger

Bei Treuepflichtverletzung können die Gesellschaftsgläubiger zunächst die etwaigen Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den haftenden Gesellschafter pfordern und sich überweisen lassen (§§ 829, 835 ZPO).⁵³² Im Schrifttum wird z.T. auch die Ansicht vertreten, dass die Gläubiger die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen den haftenden Gesellschafter entsprechend den §§ 317 Abs. 4 und 309 Abs. 4 Satz 3 AktG auch selbst verfolgen können, sofern sie von der Gesellschaft, etwa wegen deren Vermögenslosigkeit, keine Befriedigung mehr zu erlangen vermögen, und zwar mit dem Antrag auf Leistung an sich selbst.⁵³³ Allerdings ginge dies nur bis zur Deckung der Höhe ihrer Forderung gegen die Gesellschaft.

3. Die Kreditsicherung durch die Gesellschaft und die Treuepflichtsverletzung

Im vorliegenden Sachverhalt geht es um ein Rechtsgeschäft, nämlich ein Sicherungsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Dritten. Solches Rechtsgeschäft kann entweder durch die Entscheidung auf Gesellschaftsverwaltungsebene oder durch einen Gesellschafterbeschluss bestimmt werden, wobei die Gesellschaftermehrheit ihren Einfluss ausüben kann, so dass die gesellschaftliche Treuepflicht dabei zu beachten ist.⁵³⁴ Während die Treuepflicht bei der Kreditsicherung durch die Gesellschaft wenig diskutiert wird, ist eine Verletzung

⁵³² Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 87 f.

⁵³³ Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. § 13, Rn. 87 f.

⁵³⁴ Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 29 Rn. 102; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 29 Rn. 109; Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 16, jeweils m.w.N.

der Treuepflicht bei der verdeckten Gewinnausschüttung allgemein anerkannt, wenn die Geschäftsführer durch den Einfluss des Mehrheitsgesellschafters dazu veranlasst werden⁵³⁵, wobei dadurch die Herbeiführung eines schwerwiegenden Schadens erforderlich ist⁵³⁶.

Wie oben erwähnt, stellt die Kreditsicherung durch die Gesellschaft einen typischen Fall der verdeckten Gewinnausschüttung dar. Entsprechend der oben geschilderten Voraussetzungen liegt eine Verletzung der Treuepflicht dann vor, wenn die Gesellschaft durch das Sicherungsgeschäft, das durch den Einfluss des Gesellschafters veranlasst wird, Schaden erleidet. Für die sicherungsnehmende Bank steht im Regelfall allerdings die gesellschaftliche Treuepflicht außer Betracht, da sie kein Adressat der Treuepflicht ist⁵³⁷. Ausnahmsweise muss die Bank die Rechtsfolgen der Verletzung der Treuepflicht gegen sich gelten lassen, wenn ihr unter bestimmten Umständen die Treuepflichtverletzung eindeutig zuzurechnen ist. Ein für die Praxis bedeutendes Beispiel ist, dass die Bank die Geschäftsführung durch Ausübung des Stimmrechts, das auf dem Depotrecht beruht, zu dieser Maßnahme veranlasst⁵³⁸.

III. Die Kreditsicherung durch die Gesellschaft und der Gleichbehandlungsgrundsatz

1. Rechtsgrundlage und tatbeständliche Voraussetzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Zur Kontrolle der Mehrheitsmacht gehört weiter der Gleichbehandlungsgrundsatz. Vor dem Erlass der gesetzlichen Bestimmungen in § 53 a AktG (1978) wurde die Geltung des Gleichbehandlungsgebots schon in der Rechtsprechung und im Schrifttum anerkannt⁵³⁹, und sie gelten auch seit Erscheinung dieser Vorschrift weiter⁵⁴⁰. Wie die gesellschaftliche Treuepflicht gehört der Grundsatz der Gleichbehandlung zu den Grundlagen des allgemeinen Verbandsrechts⁵⁴¹ und soll für

⁵³⁵ Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 39, § 29 Rn. 109; Ullrich, Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, S. 182 m.w.N.

⁵³⁶ Z.B. die Gefährdung der Liquidität oder gar der Existenz der Gesellschaft, vgl. Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 57 m.w.N.

⁵³⁷ Vgl. Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 16; BGH, ZIP 1988, 1117, 1118.

⁵³⁸ Dazu vgl. Nehls, Die Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Aktienrecht, 1993, S. 71 ff.

⁵³⁹ Wiedemann, GesR, § 8 II 2, S. 427; K. Schmidt, GesR, § 16 II 4 b) aa) und § 28 I 2; Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 40, jeweils m.w.N.

⁵⁴⁰ Vgl. K. Schmidt, GesR, § 16 II 4 b) m.w.N.

⁵⁴¹ K. Schmidt, GesR, § 28 I 2. Teilweise wird der Gleichbehandlungsgrundsatz auch als eine spezieller Anwendungsfall der Treuepflicht angesehen, vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 41; Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 41; a.M. Hachenburg/Raiser, GmbHG, § 14 Rn. 69, jeweils m.w.N.

Gesellschaften mbH sowie Aktiengesellschaften gelten⁵⁴².

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist dadurch bestimmt, dass die Gesellschafter unter gleichen Sachverhalten gleich behandelt werden müssen⁵⁴³. Die Diskriminierung bestimmter Gesellschafter ist verboten. Allerdings ist jedoch nicht jede Ungleichbehandlung verboten, sondern nur die unsachliche Differenzierung zwischen den Gesellschaftern, die aus gesellschaftsfremden Motiven verursacht wird⁵⁴⁴. Eine unterschiedliche Behandlung ist dann ungerechtfertigt, wenn der sog. Gleichbehandlungsmaßstab⁵⁴⁵ nicht eingehalten worden ist, etwa wenn die Verteilung des Gewinn- oder Stimmrechts dem Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag nicht entspricht⁵⁴⁶. Im Einzelfall ist dabei allerdings immer unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten des konkreten Gesellschaftsverhältnisses die Einhaltung des Gleichbehandlungsmaßstabs festzustellen.

2. Rechtsfolge der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

a) Prinzipielle Rechtsfolgen

In der Literatur wird zum Teil die Meinung vertreten, dass es sich bei dem Grundsatz der Gleichbehandlung lediglich um die Interessengleichheit zwischen den Gesellschaftern handelt und ein Verstoß gegen diesen Grundsatz lediglich zur Anfechtbarkeit⁵⁴⁷ desjenigen Gesellschafterbeschlusses führt, der eine nachteilige Maßnahme beinhaltet. Danach kommen eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, das auf einem solchen Beschluss beruht, und schuldrechtliche Ausgleichsansprüche nicht in Betracht⁵⁴⁸. Allerdings soll dieser Grundsatz dafür sorgen, dass kein Gesellschafter vermögenswerte Sondervorteile von der Gesellschaft erwirbt. Wird ein Gesellschafterbeschluss zu solcherart Vorteil gefasst, ist das Verwaltungsorgan der Gesellschaft berechtigt, Maßnahmen zur Durchführung dieses Beschlusses zu unterlassen⁵⁴⁹. Sind die Vermögensvorteile schon an den Gesellschafter geleistet, hat die Verwaltung diese Leistung zurückzufordern oder einen Schadensersatzanspruch

⁵⁴² Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 41 Fn. 52 m.w. N.

⁵⁴³ K. Schmidt, GesR, § 16 II 4 b).

⁵⁴⁴ Wiedemann, GesR, § 8 II 2, S. 430; Hüffer, AktG, § 53a Rn. 8, 10f.; K. Schmidt, GesR, § 28 I 2 m.w.N.; Winter, Solz-GmbHG, § 14, Rn. 41; Winter, Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 45 m.w.N.; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 43.

⁵⁴⁵ Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 45a.

⁵⁴⁶ Vgl. Winter, Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 45a.; Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 499 m.w.N.

⁵⁴⁷ Vgl. Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 500 m.w.N.

⁵⁴⁸ Schulze-Osterloh, FS Stimpel, 1985, S. 501.

⁵⁴⁹ K. Schmidt, GesR, § 37 III 2 d.

gegen den begünstigten Gesellschafter geltend zu machen⁵⁵⁰. Normadressaten sind im Prinzip die Gesellschaft und die begünstigten Gesellschafter.⁵⁵¹ Den benachteiligten Gesellschaftern kann nur ausnahmsweise gegenüber der Gesellschaft ein Anspruch auf Ausgleich eingeräumt werden, wenn die Rückforderung der Gesellschaft nicht erfüllt werden kann⁵⁵². Dies kann dadurch geschehen, dass die Gesellschaft den benachteiligten Gesellschaftern eine gleichartige Leistung erbringt.

b) Unwirksamkeit eines nachteiligen Rechtsgeschäfts?

Normzweck des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist, dass die Gesellschaft nicht durch Maßnahmen zugunsten bestimmter Gesellschafter die sonstigen Gesellschafter benachteiligen darf. Eine dadurch verursachte Ungleichbehandlung kann, wie oben geschildert, durch Wiederherstellung des Vermögensstandes der Gesellschaft vor der Ungleichbehandlung oder durch Ausgleichsleistung an die benachteiligten Gesellschafter geheilt werden. Haftungsträger ist deshalb die Gesellschaft⁵⁵³. Beruht die Ungleichbehandlung auf einem Rechtsgeschäft mit dem begünstigten Gesellschafter, wird die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht von einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz berührt⁵⁵⁴. Denn die Bevorzugung liegt lediglich in der nicht ordnungsgemäßen Differenz zwischen der Leistung und Gegenleistung des Rechtsgeschäfts und kann durch die Einräumung einer Forderung auf diese Differenz aufgrund des Schadensersatzes seitens der Gesellschaft kompensiert werden. Die Rückgängigmachung des gesamten Rechtsgeschäfts ist dem Gesellschafter-Geschäftspartner nach den Gesamtumständen unzumutbar⁵⁵⁵. Dies gilt auch in dem Fall, in dem ein Gesellschafter durch ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft mit einem Dritten begünstigt wird.

3. Die Kreditsicherung durch die Gesellschaft und der Gleichbehandlungsgrundsatz

Wie auch bei der gesellschaftlichen Treuepflicht wird die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Gleichbehandlung auf die Kreditsicherung durch die Gesellschaft wenig diskutiert, seine Anwendbarkeit auf die verdeckte Gewinnausschüttung ist

⁵⁵⁰ Vgl. Winter, Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 48; K. Schmidt, GesR, § 37 III 2 d.

⁵⁵¹ Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbHKonzernrecht, Anhang § 318 Rn. 25.

⁵⁵² Vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 42, § 29 Rn. 108; Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 48; Wiedemann, GesR, § 8 III 1 a), S. 442 m.w.N.

⁵⁵³ Vgl. Hüffer, AktG, § 53a Rn. 4.

⁵⁵⁴ Im Ergebnis ebenso auch, Wiedemann, GesR, § 8 III 1 a), S. 442.

⁵⁵⁵ Vgl. etwa Winter, in: Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 48.

jedoch viel erörtert. Da die Kreditsicherung durch die Gesellschaft einen typischen Fall der verdeckten Gewinnausschüttung darstellt, könnte sich aus ihrer Erörterung im Zusammenhang mit der verdeckten Gewinnausschüttung die Frage ergeben, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz auch für die Kreditsicherung durch die Gesellschaft gilt.

Bei der verdeckten Gewinnausschüttung werden Gegenstände des Gesellschaftsvermögens durch ein Rechtsgeschäft an einen Gesellschafter zugewendet, so dass ein Gesellschafter von der Gesellschaft einen Sondervorteil erwirbt, während die sonstigen Mitgesellschafter dadurch benachteiligt werden. Insofern liegt nach der in Rechtsprechung und Literatur meistens vertretenen Meinung ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor⁵⁵⁶. Dies hat nach dem oben Geschilderten die Anfechtung oder einen Anspruch auf Unterlassung bzw. Schadensersatz zur Folge. Es kommt allerdings keine Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit des der verdeckten Gewinnausschüttung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts in Betracht.

Im Fall der Kreditsicherung durch die Gesellschaft für Bankkredite an einen Gesellschafter wird zwar auch ein Gesellschafter begünstigt, die Wirksamkeit des Sicherungsgeschäfts wird jedoch nicht wegen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz beeinträchtigt. Denn die Bank ist kein Adressat dieses Gebots, somit kann die Gesellschaft sich gegenüber der sicherungnehmenden Bank nicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung berufen. Außerdem kann die Begünstigung des Gesellschafters durch einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft kompensiert werden. Im Ergebnis stellt der Grundsatz der Gleichbehandlung für die sicherungnehmende Bank kein rechtliches Risiko dar.

IV. Schadensersatzpflicht aus § 117 AktG und Kreditsicherung durch die Gesellschaft

Bei der Kreditsicherung durch die Gesellschaft kommt der Schutz der Minderheitsgesellschafter der abhängigen Gesellschaft vor. Auf gesellschaftsrechtlicher Ebene liegt der Kerngedanke dabei in der Kontrolle der Mehrheitsmacht. Im positiven Recht ist dafür auch § 117 AktG einschlägig, aus dem sich eine Schadensersatzpflicht eines gesellschaftsfremden Dritten ergeben kann. Das Sicherungsgeschäft zwischen der Bank und der Gesellschaft könnte beeinträchtigt

⁵⁵⁶ Vgl. Lutter, ZHR 153 (1989), 446, 464 m.w.N.; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 29 Rn. 107 m.w.N., und § 13 Rn. 43; K. Schmidt, GesR, § 37 III 2 d.

werden, sofern sich die Bank eventuell nach § 117 AktG zum Schadensersatz verpflichtet.

1. Voraussetzung der Schadensersatzpflicht einer sicherungsnehmenden Bank

a) Kreditsicherung durch die Gesellschaft als schädigendes Handeln

Nach § 117 AktG ist die sicherungsnehmende Bank zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie entweder selbst die Führungspersonen der Gesellschaft zur schädigenden Handlung beeinflusst (Abs. 1) oder eine Einflussnahme veranlasst (Abs. 3). Beides setzt gemeinsam voraus, dass die Gesellschaft durch Beeinflussung von einem Dritten auf die Führungspersonen die Sicherheiten für Kredite an einen Gesellschafter bestellt und dadurch geschädigt wird.

Die Schadensersatzhaftung aus § 117 AktG setzt zuerst voraus, dass die Gesellschaft durch ihr Handeln geschädigt wird. Nicht erforderlich ist, dass der Handelnde dadurch Vorteile erwirbt. Dabei bezieht sich der Schaden i.S.d. § 117 AktG lediglich auf einen Vermögensschaden⁵⁵⁷, also jede durch die Maßnahme verursachte Minderung des Vermögens der Gesellschaft⁵⁵⁸. Wie schon bei den Regeln der Kapitalerhaltung erörtert, stellt die Sicherheitenbestellung eine Vermögensschmälerung dar, wobei man davon ausgehen kann, dass die Sicherheitenbestellung zugunsten eines Gesellschafters als schädigendes Handeln i.S.d. § 117 AktG anzusehen ist.

b) Kreditsicherung durch die Gesellschaft unter Einflussnahme auf die Gesellschaft

Der Gegenstand der Norm ist die Einflussnahme auf die Führungspersonen der Gesellschaft zur Verursachung eines schädigenden Handelns. Jeder Einfluss ist unzulässig, soweit er seiner Art und Intensität nach geeignet ist, Führungspersonen der Gesellschaft zu einem schädigenden Handeln zu veranlassen⁵⁵⁹. Auch mittelbare Einflussmöglichkeiten, z.B. die Einflussnahme aufgrund rein persönlicher Beziehungen, fallen unter diese Vorschriften⁵⁶⁰. Ausgenommen ist die Einflussnahme durch Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung (Abs. 7 Nr. 1). Außerdem

⁵⁵⁷ Wiesner, in: Münch.HdbAktG, § 27, Rn. 4 m.w.N.

⁵⁵⁸ Wiesner, in: Münch.HdbAktG, § 27, Rn. 4; Hüffer, AktG, § 117 Rn. 5.

⁵⁵⁹ Mertens, in: KölnKommAktG, § 117 Rn. 12; Hüffer, AktG, § 117 Rn. 3.

⁵⁶⁰ Mertens, in: KölnKommAktG, § 117 Rn. 12, 15.

muss die Nutzung des Einflusses des Einflussnehmers für die Handlung der Führungspersonen ursächlich sein⁵⁶¹. Bei der Kreditsicherung soll solch eine Kausalität gegeben sein, wenn man unter bestimmten Umständen davon ausgehen kann, dass das Sicherungsgeschäft aufgrund der Konzerninteressen oder Eigeninteressen der herrschenden Gesellschaft abgeschlossen ist, sofern sich keine faktische Weisung aus der herrschenden Gesellschaft erkennen lässt. Dies soll schon der Fall sein, wenn die sicherungsgebende Gesellschaft dafür keine ordnungsgemäße Gegenleistung oder einen sonstigen Ausgleichsanspruch erwirbt.

c) Konzernverhältnis ohne Beherrschungsvertrag oder Eingliederung

Die Einflussnahme der herrschenden Gesellschaft ist im Vertragskonzern sowie im Eingliederungsfall i.S.d. Konzernrechts anerkannt. Demzufolge ist im § 117 Abs. 7 AktG eine derartige Schadensersatzpflicht ausgeschlossen, wenn die Nutzung des Einflusses aufgrund eines Beherrschungsvertrags oder des Eingliederungsverhältnisses erfolgt ist. Damit kann bei der Kreditsicherung eine Schadensersatzhaftung aus § 117 AktG nur im Fall des faktischen Konzerns vorkommen, wobei die spezielle Regelung des § 311 AktG zu beachten ist.

2. Auswirkung auf das Sicherungsgeschäft

a) Die sicherungsnehmende Bank als Normadressat?

Als Normadressat kann jeder i.S.d. § 117 AktG gelten, der Einfluss auf die Gesellschaft ausübt. Die sicherungsnehmende Bank kann sodann als Normadressat zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn sie eine faktische Machtstellung hat⁵⁶². Bei der Kreditsicherung durch eine Tochtergesellschaft für den Bankkredit an die Muttergesellschaft oder an ein sonstiges verbundenes Unternehmen kann man von einer faktischen Machtstellung der Bank gegenüber der kreditnehmenden Gesellschaft ausgehen⁵⁶³. Auf die sicherungsgebende Tochtergesellschaft hat die Bank im Regelfall allerdings keine direkte Einflussmöglichkeit. Für eine Schadensersatzhaftung aus § 117 Abs. 1 AktG reicht jedoch eine mittelbare Einflussmöglichkeit aus⁵⁶⁴. Außerdem wird das Sicherungsgeschäft seitens der Tochtergesellschaft, das als erforderliche

⁵⁶¹ Vgl. Wiesner, in: Münch.HdbAktG, § 27, Rn. 3 m.w.N.

⁵⁶² Mertens, in: KölnKommAktG, § 117 Rn. 12; Wiesner, Münch.HdbAktG, § 27, Rn. 2.

⁵⁶³ Wiesner, in: Münch.HdbAktG, § 27, Rn. 2.

⁵⁶⁴ Vgl. Mertens, in: KölnKommAktG, § 117 Rn. 12, 15.

Bedingung die Gewährung eines Bankkredits an ein verbundenes Unternehmen voraussetzt, im Regelfall unter Beeinflussung der Konzernmutter bestimmt. Damit ist die Veranlassung seitens der Bank zur Nutzung des Einflusses anzunehmen⁵⁶⁵, und die Bank hat dadurch einen Vermögensvorteil erlangt, so dass sie nach § 117 Abs. 3 AktG haften soll.

b) Beeinträchtigung des Sicherungsgeschäfts durch die Schadensersatzpflicht aus § 117 AktG?

Für vorliegende Arbeit von besonderer Bedeutung ist die Frage, wie die Schadensersatzpflicht der Bank aus § 117 AktG in Anspruch genommen werden kann. Inhalt und Umfang des Schadensersatzes sind nach §§ 249 ff. BGB festzustellen⁵⁶⁶. Danach ist vom Schuldner der Zustand, der ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre, herzustellen. Zur Herstellung in diesem Sinne sind noch zweierlei Formen zu unterscheiden, nämlich Naturalrestitution und Geldersatz. Gesetzlich gilt die Naturalrestitution als Regelfall⁵⁶⁷, während der Geldersatz nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen geschuldet wird. In der Praxis wird der Schaden jedoch meistens durch Geld ausgeglichen⁵⁶⁸. Dies wirkt sich allerdings im vorliegenden Sachverhalt wenig auf das Sicherungsgeschäft aus. Zu beachten ist, dass die Gesellschaft immer Naturalrestitution verlangen kann⁵⁶⁹. Dabei kommt ein Freihaltungsanspruch in Frage⁵⁷⁰. Beim Schaden durch Verbindlichkeit kann der Geschädigte die Befreiung davon verlangen, wobei das Wahlrecht zur Befreiungsmaßnahme jedoch in der Hand des Schuldners liegt⁵⁷¹.

Im vorliegenden Sachverhalt ist die Bank der sicherungsgebenden Gesellschaft unter den oben geschilderten Voraussetzungen zum Schadensersatz verpflichtet. Dabei ist die Gesellschaft gegenüber der Bank berechtigt, Befreiung von dem Sicherungsgeschäft oder Geldersatz in Anspruch zu nehmen. Allerdings ist ein Anspruch auf Rückgängigmachung des Sicherungsgeschäfts seitens der Gesellschaft ausgeschlossen, da das Wahlrecht in der Hand der Bank liegt. Der

⁵⁶⁵ Nach der h.M. soll Veranlassung weniger als Anstiftung (vgl. § 830 Abs. 2 BGB), aber mehr als bloße Duldung sein, vgl. Mertens, KölnKommAktG, § 117 Rn. 28 m.w.N. Dabei genügt es, wenn der Dritte um die Handlung des Organmitglieds weiß und diese will, vgl. Hüffer, AktG, § 117 Rn. 11.

⁵⁶⁶ §§ 249 ff. BGB sind auch auf Schadensersatzpflichten anwendbar (und zwar nicht nur entsprechend, sondern auch unmittelbar), die in anderen Gesetzen als dem BGB normiert sind, s. Grundsky, MünchKommBGB, Bd. II, vor § 249 Rn. 1. Eine Zusammenstellung der von den §§ 249 ff. BGB abweichenden spezialgesetzlichen Besonderheiten findet sich bei *Staudinger-Medicus*, Rn. 13 ff.

⁵⁶⁷ Grundsky, in: MünchKommBGB, Bd. II, § 249 Rn. 1.

⁵⁶⁸ Grundsky, in: MünchKommBGB, Bd. II, § 249 Rn. 1.

⁵⁶⁹ Vgl. Grundsky, in: MünchKommBGB, Bd. II, § 249 Rn. 2.

⁵⁷⁰ Heinrichs, in: Palant-BGB, 60 Aufl., Vorbem. v. § 249 Rn. 46.

⁵⁷¹ In Verweisung auf § 257 BGB. Dazu im § 257 BGB, vgl. Heinrichs, Palant-BGB, § 257 Rn. 1.

sicherungsnehmenden Bank droht zwar nicht ohne weiteres eine Unwirksamkeit des Sicherungsgeschäfts. Mit der Schadensersatzpflicht hat für sie die Kreditsicherung der Gesellschaft keine Bedeutung mehr. Denn bei Inanspruchnahme der Sicherheit wegen Ausfalls der Forderung gegen die Kreditnehmer-Gesellschafter hat die Bank wiederum den dadurch entstehenden Schaden der sicherungsgebenden Gesellschaft zu ersetzen, sodass sie schließlich selbst das Risiko der Kreditgewährung wie im Falle ohne Kreditsicherung tragen muss.

3. Analoge Anwendung auf Gesellschaften mbH?

Für die vorliegende Arbeit ist noch zu erörtern, ob § 117 AktG auch auf die Gesellschaften mbH analog anwendbar ist. Nicht nur im Aktienrecht, sondern auch im GmbH-Recht sind die schädigenden Handlungen der leitenden Personen unzulässig (Vgl. §§ 43 Abs. 1, 52 Abs. 1 GmbHG), auch wenn sie aufgrund der Weisung der Gesellschafter an die Geschäftsführer vorgenommen sind. Fraglich ist nur, ob nur die leitenden Personen der Gesellschaft oder auch gesellschaftsfremde Dritte daran gebunden sind. Der Schadensersatzanspruch aus § 117 AktG ist deliktischer Natur, damit der Veranlasser neben § 826 BGB⁵⁷² nach § 830 Abs. 2 BGB wie der einflussnehmende Aktionär selbst haften soll⁵⁷³. Dabei kann man von einem allgemeinen verbandsrechtlichen Deliktstatbestand ausgehen, so dass diese aktienrechtliche Bestimmung auch für die GmbH analog Anwendung finden soll⁵⁷⁴.

⁵⁷² Vgl. Wiesner, in: MünchHdbAktG, § 27, Rn. 16 m.w.N.

⁵⁷³ Mertens, in: KölnKommAktG, § 117 Rn. 28.

⁵⁷⁴ Vgl. Wiedemann, GesR., § 8 II 4, S. 436.

§ 9. Das Verhältnis zwischen konzernrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Regeln

I. Die gesellschaftsrechtlichen Regeln im Vertragskonzern

1. Die Kapitalerhaltungsregeln im Vertragskonzern

a) Die Anwendbarkeit von §§ 57, 58, 60 AktG auf die Kreditsicherung durch die Tochtergesellschaft im Vertragskonzern

aa) Im Prinzip nur Konzernhaftung

Die Einlagenrückgewähr i.S.d. §§ 57, 58, 60 AktG ergibt sich im Konzernverhältnis häufig aus der Ausübung der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens, die nach § 308 AktG durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrags legitimiert werden kann, so dass §§ 57, 58 und 60 AktG für die Leistung der abhängigen Gesellschaft im Vertragskonzern keine Anwendung finden sollen. Dies ist vom Gesetzgeber anerkannt und im § 291 Abs. 3 AktG vorgeschrieben. Nach Erlass des MoMiG wird dies durch die Neuregelung im § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG noch mal bestätigt. Insofern ist die Haftung aus §§ 57, 58, 60 AktG bei der Verlagerung des Gesellschaftsvermögens an andere verbundene Unternehmen durch die Einflussnahme bzw. die Weisung der Muttergesellschaft als Mehrheitsaktionär im Vertragskonzern ausgeschlossen. Dabei entsteht lediglich die Haftung aus §§ 302, 303 AktG.

Aus der Haftung nach §§ 57, 58, 60 AktG entsteht eine Verpflichtung zur Rückerstattung der empfangenen Leistung. Beruht die verbotene Einlagenrückgewähr auf einem Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Dritten, bleibt der Schuldner der Rückerstattungsverpflichtung nur der dadurch begünstigte Gesellschafter. Diese Vorschriften wirken sich im Prinzip nicht auf das Rechtsgeschäft mit einem Dritten aus und sind für das sicherungsnehmende Kreditinstitut irrelevant. Das Verhältnis zwischen den Kapitalerhaltungsregeln im Aktienrecht und denjenigen im Konzernrecht ist insofern nur für die Konzernmutter bzw. andere begünstigte Konzerngesellschaft von Bedeutung, nicht aber für das konzernfremde Kreditinstitut. Zwar wird im Schrifttum z.T. die Ansicht vertreten, dass das Kreditinstitut nach §§ 57 ff. AktG haften muss, wenn es an der verbotenen Einlagenrückgewähr in Kenntnis der

Situation mitgewirkt hat.⁵⁷⁵ Dafür braucht das Kreditinstitut jedoch nicht zu sorgen, da dies auch nach § 291 AktG ausgeschlossen werden soll.

bb) Zusätzliche Haftung aus §§ 57, 58, 60 AktG in Ausnahmefällen

Der Vorrang der vertragskonzernrechtlichen Regelungen setzt allerdings zunächst voraus, dass die Einflussnahme bzw. die Weisung der Konzernmutter rechtmäßig ist. Wird die Grenze der Weisungsrechte der Muttergesellschaft überschritten, kann die Veranlassung der Konzernmutter zu nachteiligen Maßnahmen der Tochtergesellschaft nicht mehr legitimiert werden, so dass solche Einflussnahme der Muttergesellschaft als rechtswidrig zu qualifizieren ist. In diesem Fall findet § 291 Abs. 3 AktG keine Anwendung, sondern greifen weiterhin §§ 57 ff. AktG ein. Dies soll auch nach den Neuregelungen des MoMiG weiterhin gelten und dazu führen, dass die Muttergesellschaft neben der Haftung aus §§ 302, 303 AktG noch für die Verletzung des Grundsatzes der Kapitalerhaltung nach §§ 57, 58, 60 AktG haftet. Wie oben erörtert, sind zunächst die Weisungen als rechtswidrig zu qualifizieren, wenn die Nachteile für die abhängige Gesellschaft in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Vorteilen für den Gesamtkonzern stehen,⁵⁷⁶ oder wenn die wirtschaftliche Existenz der Tochtergesellschaft dadurch gefährdet wird,⁵⁷⁷ bzw. wenn bei der Weisungserteilung bereits feststeht, dass die §§ 302, 303 AktG keinen Schutz bieten können⁵⁷⁸, etwa weil das herrschende Unternehmen vermögenslos ist. Im letztgenannten Fall besteht kein werthaltiger Verlustausgleichsanspruch gegen den Gesellschafter, so dass die Gläubiger durch den bestehenden Verlustausgleichsanspruch gegen die herrschende Gesellschaft nicht ausreichend geschützt sind, damit muss das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG aus Gläubigerschutzgesichtspunkten gelten.⁵⁷⁹ Allerdings ist die Rechtsstellung des sicherungsnehmenden Kreditinstituts gegenüber der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft davon nicht betroffen.

b) Die Anwendbarkeit von §§ 30, 31 GmbHG

Da es im GmbHG an speziellen Vorschriften wie § 291 AktG fehlt, war die

⁵⁷⁵ Vgl. Lutter, AktG, § 57 Rn. 73; Canaris, in: FS Fischer, 1979, S. 43, 45, 52.

⁵⁷⁶ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 23 V 2 c, S. 367.

⁵⁷⁷ Bayer, in: MünchKommAktG, 3. Aufl., 2008, § 57 Rn. 142; Schön, ZHR 159 (1995), 351 ff., 373. Existenzgefährdung der Tochtergesellschaft s. Hommelhoff, WM 1984, 1105 ff., 1122 f.; Schneider, ZGR 1984, 497 ff., 533 f. Diese Beschränkung gilt auch für verdeckte Gewinnausschüttungen, s. Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3056 ff.

⁵⁷⁸ Schön, ZHR 159 (1995), 351, 373 m.w.N.; Brandes, in: FS Kellermann, 1991, 25 ff., 28 f.

⁵⁷⁹ Vgl. Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7 Rn. 123 m.w.N.

Anwendbarkeit der Vorschriften über Kapitalerhaltung von §§ 30 f. GmbHG a.F. auf die Gesellschaftsleistungen an verbundene Unternehmen im GmbH-Vertragskonzern vor dem Erlass des MoMiG umstritten⁵⁸⁰. Im Schrifttum wurde eine analoge Anwendung des § 291 Abs. 3 AktG z.T. mit der Begründung abgelehnt, dass die im Aktiengesetz vorgeschriebene Regelung über den Unternehmensvertrag den § 30 GmbHG als zwingende Vorschrift nicht außer Kraft setzen konnte⁵⁸¹. Nach BGH-Entscheidungen war eine analoge Anwendung der §§ 291 ff. AktG auf den GmbH-Vertragskonzern zu bejahen⁵⁸², damit auch die Kapitalschutzregelungen der §§ 30 f. GmbHG a.F. beim Bestehen eines Unternehmensvertrags aufgehoben werden konnten⁵⁸³. Im Grunde genommen ist diese Ansicht zu begrüßen, denn zunächst wird das Stammkapital im GmbH-Recht nicht weitgehender geschützt als im Aktienrecht⁵⁸⁴, so dass § 291 AktG auch auf den GmbH-Vertragskonzern analoge Anwendung finden soll. Außerdem werden die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft durch die Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens analog § 302 AktG hinreichend geschützt, wodurch die nachteilige Weisung zur Auszahlung des gebundenen Vermögens legitimiert wird. Das MoMiG hat auch diese Ansicht aufgenommen und im § 30 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 GmbHG die Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsregelungen beim Bestehen eines Unternehmensvertrags ausdrücklich verboten. Im Ergebnis finden die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30 f. GmbHG a.F. auf den GmbH-Vertragskonzern keine Anwendung. Was allerdings für die Konzernmutter und für das sicherungsnehmende Kreditinstitut im Aktien-Vertragskonzern gilt, soll auch im GmbH-Vertragskonzern gelten. Demzufolge soll die Muttergesellschaft neben der Verpflichtung zum Verlustausgleich analog § 302 AktG auch nach § 30 GmbHG für ihre rechtswidrige Weisung einer Ausschüttung haften, sofern dadurch das Reinvermögen der abhängigen Gesellschaft unter den Wert des Stammkapitals sinkt. Dies soll auch beim Fehlen der Werthaltigkeit des Ausgleichsanspruchs gelten.⁵⁸⁵

⁵⁸⁰ Vgl. Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, 1997, S. 87 m. Fn. 26; Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 409 m.w.N.; Brandes, in: FS Kellermann, 1991, S. 25 ff., 32 ff.; Fleck, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 391 ff., 395 f.

⁵⁸¹ Brandes, in: FS Kellermann, 1991, S. 25, 33.

⁵⁸² BGHZ 103, 1 ff.; BGHZ 105, 168 ff., 183; BGHZ 116, 37 ff., dem ist Schön auch gefolgt, s. ders., ZHR 159 (1995), 351, 373 m.w.N.

⁵⁸³ BGHZ 103, 1 6 = GmbHR 1988, 174; BGH NJW 1980, 231, 232; Peltzer, GmbHR 1995, 15, 17; Schön, ZHR 159 (1995), 351, 373 m.w.N.; Lutter, in: FS Stiegel, 1987, S. 505 ff., 530f.; Hommelhoff, WM 1984, 1105 ff., 1110; H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn. 35; Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, S. 87; Emmerich, ZGR 1986, 64, 80; Brandes, in: FS Kellermann, 1991, S. 25, 33; Baumbach/Hueck/Zöllner, Anh. Konzernrecht, Rn. 77; a. A. vgl. Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388 ff., 409 f. m.w.N.; Peltzer, GmbHR 1995, 15, 17 m.w.N.; Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG, 8. Aufl., § 30 Rz. 72, 73; Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, S. 51 ff.

⁵⁸⁴ A.A. Sonnenhol/Stützle, DB 1979, 925 ff, 927; Meister, WM 1980, 390 ff., 399 f.; Brandes, in: FS Kellermann, 1991, 25 ff., 32 ff.; Peltzer, GmbHR 1995, 15 ff., 17.

⁵⁸⁵ S. auch Rose, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 7, Rn. 123, 127.

2. Das Recht der Gesellschafterleistung im Vertragskonzern

Wie oben erörtert, wurden im Rahmen der sog. „eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen“ die Vorschriften §§ 32a, 32b GmbH a.F. einschließlich der bezüglichen Rechtsprechungsregeln durch das MoMiG aufgehoben und damit die Neuregelungen über das Eigenkapitalersatzrecht in das Insolvenzrecht verlagert. Die einschlägigen insolvenzrechtlichen Regelungen sollen theoretisch im Vertragskonzern grundsätzlich Anwendung finden. Die Insolvenz hat jedoch weniger praktische Bedeutung, da die abhängige Gesellschaft während der Dauer des Vertrages immer (wenigstens) mit einem ausgeglichenen Ergebnis abschließt und damit eine Insolvenz ausgeschlossen ist.⁵⁸⁶ Allerdings entsteht der Anspruch auf Verlustübernahme erst mit Abschluss des Geschäftsjahres, in dem der Jahresfehlbetrag aufgetreten ist, so dass sich Probleme aus einer etwaigen Illiquidität der abhängigen Gesellschaft in der Zeit vor dem Verlustausgleich ergeben können. Wird die Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit der abhängigen Gesellschaft während des laufenden Geschäftsjahres ernsthaft bedroht, kann die abhängige Gesellschaft nach der im Schrifttum mehrfach vertretenen Ansicht die Abschlagszahlungen auf den erst mit Ende des Geschäftsjahres fällig werdenden Verlustausgleich verlangen.⁵⁸⁷ Im Ergebnis ist kein Raum für die Anwendung des neuen Rechts der Gesellschafterleistung im Vertragskonzern.

3. Die Beschränkungen der Rechte der Gesellschafter im Vertragskonzern

a) Der Missbrauch der Vertretungsmacht

Für die Ergebnisverwendung der Gesellschaft ist die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung zuständig (§ 174 AktG, § 46 GmbHG). Jede Vermögenszuwendung an die Gesellschafter ohne Zustimmung der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung verletzt die Regelung der gesellschaftlichen Kompetenzverteilung. Im Vertragskonzern ist das herrschende Unternehmen zwar befugt, der abhängigen Gesellschaft nachteilige Weisungen zu erteilen. Diese Befugnis richtet sich allerdings auf die Verwaltung der abhängigen Gesellschaft und

⁵⁸⁶ Emmrich/Habersack, Konzernrecht, § 20 V., S. 278 m.w.N.

⁵⁸⁷ Dies soll dem Interesse des umfassenden Schutzes der abhängigen Gesellschaft und ihrer Gläubiger dienen und auf eine analoge Anwendung des § 699 BGB beruhen, s. Emmrich/Habersack, Konzernrecht, § 20 V 5., S. 282 m.w.N.

beschränkt sich auf die Geschäftsführung der Untergesellschaft⁵⁸⁸. Die Ergebnisverwendung gehört jedoch nicht zu den Angelegenheiten der Geschäftsführung, so dass eine eventuelle Verletzung der Kompetenz der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung nicht durch das Weisungsrecht der Obergesellschaft kompensiert werden kann⁵⁸⁹. Eine vertragliche Erweiterung des Weisungsrechts der Obergesellschaft über den Rahmen des § 308 AktG hinaus ist unwirksam⁵⁹⁰. Üblich ist allerdings, dass im Vertragskonzern neben dem Beherrschungsvertrag auch ein Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen wird. Mit solch einem Vertrag kann die Obergesellschaft die Abführung des gesamten Gewinns der abhängigen Gesellschaft verlangen, wobei die Kompetenzen der Organe der Untergesellschaft aufgehoben werden können, weil der Gewinnabführungsvertrag einen Unternehmensvertrag darstellt. Man kann davon ausgehen, dass durch einen Gewinnabführungsvertrag, bei dessen Abschluss es einer Zustimmung der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung bedarf (§ 293 I AktG), die erforderliche Zustimmung zur Gewinnverteilung voraussichtlich gegeben ist. Im Ergebnis findet der Grundsatz des Missbrauchs der Vertretungsmacht keine Anwendung im Vertragskonzern mit einem Gewinnabführungsvertrag. Dies bietet dem sicherungsnehmenden Kreditinstitut mehr Schutz, da es dadurch nicht dafür zu sorgen braucht, dass das Sicherungsgeschäft wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam würde.

b) Die Treuepflicht

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ist auch im Abhängigkeitsverhältnis allgemein anerkannt⁵⁹¹, unter deren Berücksichtigung der BGH die Grundsätze zur Beschränkung der Ausübung der Konzernleitung entwickelt hat⁵⁹². Darunter fallen auch die Vertragskonzerne⁵⁹³, wobei sich die Frage stellt, ob die Treuebindung der Obergesellschaft durch die Legitimation der Leitungsmacht aufgrund des Beherrschungsvertrags abgeschafft werden kann.

In einer unabhängigen Gesellschaft haben die Gesellschafter unter der Treuepflicht

⁵⁸⁸ Beispiele vgl. z. B. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 18 IV 1, S. 318.

⁵⁸⁹ Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 18 IV 1, S. 318 m. Fn. 26, 27.

⁵⁹⁰ Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 18 IV, S. 317 m.w.N.; zu vertraglichen Beschränkungen des Weisungsrechts s. schon o. § 8 V 3; zu den Schranken s. u. IV 4.

⁵⁹¹ Vgl. BGHZ 65, 20 f. „ITT“-Urteil; BGHZ 95, 330 ff. „Autokran“-Urteil; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 6. Aufl., § 18 VI 2 c, S. 326 m.w.N.; Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3194, 3365; T. Raiser, ZHR 151 (1987), 423, 430.

⁵⁹² Die Treuepflicht der Mehrheitsgesellschafter, vgl. vor allem BGHZ 65, 15 ff., „ITT“; BGHZ 103, 184, 194 ff. „Linotype“. Die Treuepflicht der Minderheitsgesellschafter, BGH ZIP 1995, 819, 821 = WM 1995, 882, 884 „Girmes“.

⁵⁹³ Beispiele der Verstöße gegen die Treuepflicht im Vertragskonzern, vgl. Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3097, 3194.

den Gesellschaftszweck zu fördern und bei der Ausübung der Gesellschafterrechte auf das Interesse der Gesellschaft sowie die Belange anderer Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen. Außerdem dürfen die Gesellschafter keine gesellschaftsfremden Sondervorteile für sich oder für einen anderen zum Nachteil der Gesellschaft schaffen⁵⁹⁴. Der Zweck der Gesellschaft kann jedoch durch einen Beherrschungsvertrag so verändert werden, dass die Gesellschaft dem Interesse des herrschenden Unternehmens dient, etwa durch einen schwerwiegenden Eingriff in die Mitverwaltungsrechte und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter⁵⁹⁵. Das durch die mitgliedschaftliche Treubindung geschützte Interesse, entweder von der Gesellschaft selbst oder von den anderen Gesellschaftern, ist durch den Ausgleichs- bzw. Abfindungsanspruch gem. §§ 304 f. AktG gewährleistet. Demzufolge kann man davon ausgehen, dass die Treuepflicht den speziellen Wertungen und Schutzmechanismen der §§ 291 ff. unterliegt⁵⁹⁶, womit auch der Erwerb von Sondervorteilen seitens der Obergesellschaft zulässig ist. Ausnahmsweise kann eine Verletzung der Treuepflicht im Vertragskonzern vorliegen, wenn die Weisung der Obergesellschaft nicht von dem Beherrschungsvertrag legitimiert werden kann⁵⁹⁷, etwa weil sie nicht dem Konzerninteresse dient oder sie die Existenz der abhängigen Gesellschaft gefährdet.

Wie schon oben erörtert, ist die mitgliedschaftliche Treuepflicht für das sicherungsnehmende Kreditinstitut im Regelfall von geringerer Bedeutung. Dass die Treuepflicht im Vertragskonzern durch die (analoge) Anwendung der §§ 291 ff. AktG ausgeschlossen wird, entlastet die Haftung der Konzernmutter beim Erwerb von Sondervorteilen durch Ausübung ihrer Leitungsmacht, wobei sie sich als Kompensation zum Verlustausgleich gem. § 302 AktG verpflichtet. Im vorliegenden Sachverhalt bleibt dies jedoch nur innerhalb des Verhältnisses zwischen der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft und den mittelbar oder unmittelbar begünstigten verbundenen Unternehmen und hat keinen Bezug auf das Sicherungsgeschäft mit dem konzernfremden Kreditinstitut.

⁵⁹⁴ BGHZ 14, 25, 38; 65, 15, 20; 76, 325, 357; BGH GmbHR 1977, 43 f.; 1977, 129 ff.; WM 1978, 1205; NJW 1992, 368, 369; ZIP 1989, 986, 987; Winter, Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 56.

⁵⁹⁵ Vgl. Emmerich, Scholz-GmbHG, Anh. Konzernrecht Rn. 149, 155; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 32 II 3 b, S. 485.

⁵⁹⁶ Hüffer, AktG, § 53 a Rn. 19; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 II 4, S. 436 und IV 1 a), S. 455; Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3096; a.A. schließt eine schadensersatzverpflichtende Treuepflichtverletzung nur in dem Fall aus, wenn alle Mitgesellschafter der nachteiligen Maßnahme zugestimmt haben und der Nachteil nicht in den durch § 30 GmbH geschützten Vermögensbereich eingreift, vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. 13 Rz. 118.

⁵⁹⁷ Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 18 VI 2 c, S. 326 m.w.N.; Henze, in FS Kellermann, 1991, S. 141; Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3096.

c) Der Gleichbehandlungsgrundsatz

Wie die mitgliedschaftliche Treubindung wird auch die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Konzernverhältnis anerkannt⁵⁹⁸. Im Vertragskonzern hat jedoch der Grundsatz der Vertragsfreiheit Vorrang⁵⁹⁹, damit die innergesellschaftlichen Rechtsverhältnisse frei gestaltet werden können (§ 45 GmbHG)⁶⁰⁰. Dies erlaubt eine „ungleiche“ Rechtsstellung⁶⁰¹ bzw. eine Ungleichbehandlung⁶⁰² zwischen den Gesellschaftern. Demzufolge ist der Gleichbehandlungsgrundsatz nur subsidiär anwendbar, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Bestimmung getroffen hat⁶⁰³. Dieses Ergebnis ist allerdings lediglich für das herrschende Unternehmen von Bedeutung. Im Fall der Besicherung durch die Tochtergesellschaft für den Bankkredit an andere verbundene Unternehmen wird die Rechtsstellung des sicherungsnehmenden Kreditinstituts hinsichtlich des Sicherungsgeschäfts immerhin nicht von dem Gleichbehandlungsgrundsatz berührt. Für das Kreditinstitut sind nur die konzernrechtlichen Regelungen von Bedeutung.

d) § 117 AktG

Die Haftung aus § 117 AktG ist im Aktiengesetz ausdrücklich ausgeschlossen, wenn die schädigende Handlung durch Ausübung der Leitungsmacht auf Grund eines Beherrschungsvertrags vorgenommen wurde (§ 117 Abs. 7 Nr. 2 AktG). Wie vorher erörtert, ist § 117 AktG auch auf die Gesellschaften mbH analog anwendbar⁶⁰⁴, so dass die Anwendung dieser Vorschrift auch im GmbH-Vertragskonzern ausgeschlossen werden soll. Damit brauchen die Muttergesellschaft und das sicherungsnehmende Kreditinstitut nur auf die konzernrechtlichen Regelungen zu achten.

II. Die gesellschaftsrechtlichen Regeln im faktischen Konzern

1. Die Kapitalerhaltungsregeln im faktischen Konzern

⁵⁹⁸ Vgl. z.B. Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. Konzernrecht, Rn. 65.

⁵⁹⁹ Emmerich, in: Scholz, GmbHG, § 13 Rn. 41.

⁶⁰⁰ Winter, in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 40.

⁶⁰¹ Winter, in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 40.

⁶⁰² Vgl. Emmerich, in: Scholz, GmbHG, § 13 Rn. 41; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. Konzernrecht, Rn. 65; Lutter/Zöllner, Kölner Komm § 53 a Rn 44 ff.

⁶⁰³ Winter, in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 42.

⁶⁰⁴ Vgl. Wiedemann, GesR., § 8 II 4, S. 436; a.A. Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3194.

a) Die Anwendbarkeit der §§ 57, 62 AktG

Ein nachteiliges Rechtsgeschäft oder eine nachteilige Maßnahme der Tochtergesellschaft i.S.d. §§ 311 ff. AktG kann regelmäßig eine nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG verbotene Einlagenrückgewähr darstellen⁶⁰⁵. Dabei stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der speziellen konzernrechtlichen Regelungen zum allgemeinen Verbot der Einlagenrückgewähr im Gesellschaftsrecht.⁶⁰⁶ Vor dem Erlass des MoMiG hatte die h.M. den Vorrang der §§ 311, 317 AktG als Spezialregelungen vor der allgemeinen Regelung der Kapitalerhaltung bejaht⁶⁰⁷, während die im Schrifttum zum Teil vertretene Meinung davon ausging, dass beide Anspruchsgrundlagen nebeneinander bestanden⁶⁰⁸. Nach dem Erlass des MoMiG könnte diese Frage anders zu beurteilen sein.

Dazu hat der BGH in der MPS-Entscheidung argumentiert, §§ 311 ff. AktG begründeten auch im Hinblick auf die Neuregelung der Kapitalbindung in § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG eine die §§ 57, 62, 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG verdrängende Spezialregelung, wobei danach keine strengeren Maßstäbe gelten könnten als diejenigen, die in der Neuregelung des § 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG aufgestellt worden seien.⁶⁰⁹ Demzufolge sollen beim Vorliegen eines vollwertigen Gegenleistungs- bzw. Rückgewähranspruchs keine nachteiligen Rechtsgeschäfte bzw. Maßnahmen i.S.d. § 311 AktG vorliegen.⁶¹⁰ Ist dies in einzelnen Fällen nach der Vollwertigkeitsprüfung doch der Fall, ist dann weiter zu prüfen, ob ein Nachteilsausgleich i.S.d. §§ 311 ff. AktG rechtmäßig durchgeführt wird.

Werden die Nachteile rechtmäßig ausgeglichen, ist sodann zunächst zu erörtern, ob § 311 AktG als Spezialnorm Vorrang vor den allgemeinen Vorschriften der §§ 57 ff. AktG hat. Der Ansicht des BGH ist zuzustimmen. Denn ein solcher Vorrang kann nur dann gelten, „soweit sich die Normen tatbestandlich decken und ihre Zwecke in Konflikt geraten“⁶¹¹. Dies ist der Fall, weil einerseits sowohl § 311 AktG wie auch § 57 AktG dem Schutz und der Erhaltung des Vermögens der betroffenen AG dienen; andererseits das Kapitalausschüttungsverbot des § 57 AktG dadurch modifiziert wird,

⁶⁰⁵ Vgl. Wiesner, MünchHdbAG, (1988), § 16, Rn. 43 m.w.N.

⁶⁰⁶ Zum Meinungsstand, vgl. vor allem Altmeppen, in: MünchKommAktG, § 311 Rn. 452 ff.; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, 2004, S. 132 ff., jeweils m.w.N.

⁶⁰⁷ Schön, in: FS Kropff, 1997, S. 285, 294 ff.; Horn, ZIP 1987, 1225, 1229, jeweils m.w.N.

⁶⁰⁸ Würdinger, Aktienrecht und Konzernrecht, 4. Aufl., 1981, § 72 II 2, S. 344; Gessler, in: Gessler/Hefermehl/Bungeroth, AktG, 1973/83, § 292 Rz. 33; ders., in: FS Fischer, 1979, S. 138; zum Teil ähnlich Canaris, in: FS Fischer, 1979, S. 42. Vgl. auch Altmeppen, MünchKommAktG, § 311 Rn. 452 ff. m.w.N.

⁶⁰⁹ BGHZ 179, 71 (MPS) = NZG 2009, 107; a.A. gegen den Einsatz der bilanziellen Betrachtungsweise bei der Prüfung der Nachteiligkeit i.S.d. §§ 311 ff. AktG, s. Altmeppen, NZG 2010, 401, 402.

⁶¹⁰ Vgl. auch Altmeppen, NZG 2010, 401, 402 m.w.N.

⁶¹¹ Horn, ZIP 1987, 1225, 1229.

so dass die Spezialnorm des § 311 AktG vorläufig nachteilige Rechtsgeschäfte und Maßnahmen zugunsten des herrschenden Unternehmens bis zum Nachteilsausgleich gem. § 311 Abs. 2 AktG gestattet⁶¹². Außerdem kann ein rechtmäßiger Nachteilsausgleich i.S.d. § 311 AktG im Regelfall als Rückerstattung der an den Aktionär zurückgewährten Leistung im Rahmen des §§ 57 ff. AktG angesehen werden. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass § 57 AktG zurücktritt, soweit die Nachteile nach § 311 AktG rechtmäßig und rechtzeitig ausgeglichen werden⁶¹³. Verweigert der Aktionär bzw. das herrschende Unternehmen den Ausgleich, lebt dann neben der Verpflichtung zum Schadensersatz gem. § 317 AktG auch der Rückgewähranspruch gem. § 62 Abs. 1 AktG wieder auf.⁶¹⁴ Keine Befreiung wird vom Verbot des § 57 dann erteilt, wenn der Nachteil der (abhängigen) AG gar nicht ausgleichsfähig ist.⁶¹⁵

b) Die Anwendbarkeit von §§ 30, 31 GmbHG

Wie oben erörtert, sind die nachteiligen Veranlassungen der Muttergesellschaft im einfachen faktischen GmbH-Konzern ohnehin unzulässig, da §§ 311, 317 AktG dabei keine analoge Anwendung finden und es deshalb an einer wie da vorgeschriebenen Legitimationsgrundlage durch Nachteilsausgleich fehlt. Insofern kommt ein Ersatz der allgemeinen Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG durch die Spezialnorm nicht in Betracht. Fraglich bleibt jedoch das Verhältnis zwischen der Konzernhaftung im einfachen faktischen GmbH-Konzern und der Haftung wegen Verletzung der Kapitalerhaltungspflicht. Anders als im Aktienkonzernrecht beruht die erstere nicht auf einer konzernrechtlichen Spezialnorm, sondern auf der allgemeinen mitgliedschaftlichen Treuepflicht, so dass es sich dabei um die Frage nach dem Verhältnis unterschiedlicher Anspruchsgrundlagen auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene handelt, nämlich nach dem Verhältnis zwischen den Treuepflichts- und den Kapitalerhaltungsregelungen von §§ 30 f. GmbHG.

Beide Grundsätze sind unterschiedlich im Zweck, in den Tatbeständen, in den Schutzgegenständen sowie in der Rechtsfolge. Während der Grundsatz der

⁶¹² Horn, ZIP 1987, 1225, 1229 m.w.N.

⁶¹³ So ausdrücklich BGHZ 179, 71 = NJW 2009, 850 – MPS; so zuvor bereits OLG München NZG 2005, 181, 183; ebenso, Solveen, in: Hölters, AktG, § 57 Rn. 3; Leuering/Goertz, in: Hölters, AktG, Rn. 9; Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 147; vgl. auch Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl., 2008, § 311 Rn. 2, 5, 47; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 24 VI 1, S. 398 m.w.N.; Horn, ZIP 1987, 1225, 1229; J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 317 Rn. 39; Wiesner, MünchHdbAG, § 16, Rn. 43 m.w.N.

⁶¹⁴ Leuering/Goertz, in: Hölters, AktG, Rn. 9; Altmeppen, in: MünchKommAktG, § 311 Rn. 460, 470; Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 147, jeweils m.w.N.

⁶¹⁵ Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 149.

Kapitalerhaltung in erster Linie die Gesellschaftsgläubiger schützt⁶¹⁶, sind sie durch die mitgliedschaftliche Treubindung nur mittelbar geschützt. Außerdem setzt die Treupflichtverletzung das Handeln eines Gesellschafters voraus, es ist aber beim Verstoß gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz eine Veranlassung der Muttergesellschaft zur Auszahlung durch die Gesellschaft nicht erforderlich⁶¹⁷. Darüber hinaus ist durch die Treubindung das gesamte Gesellschaftsvermögen⁶¹⁸ wie auch die Rechtsstellung anderer Mitgesellschafter geschützt, die §§ 30, 31 GmbHG umfassen allerdings nur das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen⁶¹⁹. Schließlich haben die beiden Rechtsinstitute unterschiedliche Rechtsfolgen. Die Treupflichtverletzung hat einen Schadensersatzanspruch der Tochtergesellschaft zur Folge, der sich nicht nur auf Geldersatz beschränkt⁶²⁰. Beim Verstoß gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz ist lediglich der Betrag zu erstatten, der bis zur Höhe des Stammkapitals reicht⁶²¹. Vor dem Erlass des MoMiG sollten beide Grundsätze nach der im Schrifttum z.T. vertretenen Meinung nebeneinander auf den einfachen faktischen GmbH-Konzern Anwendung finden.⁶²² Allerdings fragt sich nach dem Erlass des MoMiG, ob der Schadensersatzanspruch wegen Treupflichtverletzung als ein vollwertiger Gegenleistungs- bzw. Rückgewähranspruch i.S.d. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG anzusehen ist und damit die Anwendung von §§ 30 f. GmbHG ausgeschlossen wird.

Geht man davon aus, dass § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG, wie die Erörterung im Aktienrecht, nicht nur die vertraglichen, sondern auch die gesetzlichen Ansprüche umfasst, sollen §§ 30 f. GmbHG im Fall der Treupflichtverletzung nicht gelten, soweit der Schadensersatzanspruch wegen Treupflichtverletzung vollwertig ist, also wenn das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH dadurch geschützt wird.

Trotz des Streits um den Inhalt der Rechtsfolgen beider Rechtsinstitute macht dies für das Kreditinstitut bezüglich des Sicherungsgeschäfts mit der Tochtergesellschaft keinen Unterschied. Hinsichtlich des Grundsatzes der Kapitalerhaltung liegt dabei eine Auszahlung durch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten vor, also eine Leistung

⁶¹⁶ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 30 II 3, S. 419.

⁶¹⁷ Vgl. Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Schlussanh. I, Rn 85; a.A. Ulmer ZHR 148 (1984) 401 m.w.N.

⁶¹⁸ Ähnlich vgl. Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 31 Rn. 13.

⁶¹⁹ A.A. vgl. H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 31 Rn. 3.

⁶²⁰ Nach § 249 BGB kommen noch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche der abhängigen Gesellschaft in Betracht, etwa auf Widerruf unzulässiger Weisungen oder auf Rückgängigmachung sonstiger schädigender Maßnahmen, vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. Konz., Rn. 86 m.w.N.

⁶²¹ Grundlegend Joost ZHR 148 (1984), 27, 54; Hachenburg/Goerdeler/Müller Rn. 25; K. Schmidt GesR, § 37 III 2a; a.A. vgl. H. P. Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 31 Rn. 3.

⁶²² Im Ergebnis ähnlich, vgl. Emmerich, in: Scholz-GmbHG, Anh. Konzernrecht, Rn. 83; Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 31 Rn. 13.

durch die (Tochter-) Gesellschaft an einen Dritten zugunsten eines Gesellschafters bzw. der Muttergesellschaft, so dass sich § 31 GmbHG auf ein solches Drittgeschäft nicht auswirken lässt. Demzufolge ist weder die Gesellschaft noch der (Mehrheits-) Gesellschafter berechtigt, das Sicherungsgeschäft aufgrund der Rückerstattung nach § 31 GmbHG rückgängig zu machen. Die Gesellschaft kann nur gegenüber der Muttergesellschaft einen Wertersatz verlangen, etwa durch Geldzahlung oder die Bestellung einer Sicherheit. Wird ein Sicherungsgeschäft zwischen der Tochtergesellschaft und dem Kreditinstitut durch treuwidrige Ausübung der Leitungsmacht der Muttergesellschaft veranlasst, ist auch die Rückgängigmachung des Rechtsgeschäfts aufgrund der Treuepflichtverletzung ausgeschlossen. Im Ergebnis steht der Tochtergesellschaft lediglich ein Anspruch auf Geldersatz gegen die Muttergesellschaft zu.

2. Das Recht der Gesellschafterleistungen im faktischen Konzern

Ursprünglich geht es beim Recht der Gesellschafterdarlehen eigentlich nicht um die Behandlung des von dem Gesellschafter gewährten Darlehens, sondern um die Behandlung der Darlehensrückzahlung an den Gesellschafter, wobei, was seine dogmatische Grundlage betrifft, grundsätzlich an die Kapitalerhaltungsgrundsätze anzuknüpfen ist. Nach Abschaffung der §§ 32a, 32b GmbHG a.F. durch das MoMiG ist die Anwendung der Vorschriften über die Kapitalerhaltung auf die Gesellschafterdarlehen bzw. -besicherungen gesetzlich verboten worden,⁶²³ so dass nicht nur §§ 32a, 32b GmbHG a.F., sondern auch die Rechtsprechungsgrundsätze nicht mehr weiter gelten (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG). Im neuen Eigenkapitalersatzrecht, wie oben erörtert, geht es auf der Seite des Gläubigers der (Unter-)Gesellschaft um die Nachrangigkeit der Forderung aus dem gesellschafterbesichernden Drittdarlehen und auf der Seite des besichernden Gesellschafters (Obergesellschaft) um die Erstattungsverpflichtung des besichernden Gesellschafters im Insolvenzverfahren der (abhängigen) Gesellschaft. Zur Ermittlung des Verhältnisses zwischen dem neuen Eigenkapitalersatzrecht und den Regeln des faktischen Konzerns ist zunächst zu überprüfen, ob überhaupt die Regeln des faktischen Konzerns bei der Downstream-Besicherung Anwendung finden.

Für die Anwendung der §§ 311 ff. AktG ist erforderlich, dass die unter der Veranlassung des herrschenden Unternehmens von dem Vorstand der abhängigen AG vorgenommenen Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen nachteiligen Charakter haben.

⁶²³ Kindler, NJW 2008, 3249, 3253; Klink/Gärtner, NZI 457, 458.

Folgt man der auf Sorgfaltspflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG beruhenden h.M.,⁶²⁴ ist von einer Nachteiligkeit auszugehen, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein objektives Missverhältnis besteht⁶²⁵. Im Fall der Kreditsicherung durch den Gesellschafter verpflichtet sich die (Unter-)Gesellschaft gegenüber dem Darlehensgeber (Gläubiger) zur Rückzahlung der Forderung aus dem gesellschafterbesicherten Drittdarlehen. Durch die Rückzahlung wird die (Unter-)Gesellschaft von ihrer Verbindlichkeit gegenüber dem leistungsempfangenden Gläubiger befreit, so dass dabei kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Außerdem stellt die Kreditsicherung durch den Gesellschafter zwar eine eigenkapitalersetzende Leistung dar, die Rückzahlung des gesellschafterbesichernden Drittdarlehens im letzten Jahr vor der Insolvenzantragsstellung verstößt aber entsprechend den neuen Regelungen des MoMiG auch nicht gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz, wenn sie durch eine vollwertige Gegenleistung gedeckt ist. Insofern soll die Rückzahlung des Drittdarlehens keine nachteilige Maßnahme darstellen. Dies soll auch für den faktischen GmbH-Konzern gelten, der auf dem mitgliedschaftlichen Treuegebot beruht, wobei zur Begründung einer Haftung zum Schadensersatz des Erwerbs ein Sondervorteil erforderlich ist. Im Ergebnis findet auf die Kreditsicherung durch den Gesellschafter lediglich das neue Eigenkapitalersatzrecht Anwendung.

3. Die Beschränkungen der Rechte der Gesellschafter im faktischen Konzern

a) Der Missbrauch der Vertretungsmacht

Im Fall des nachteiligen Rechtsgeschäfts seitens einer abhängigen AG, das durch die Obergesellschaft ohne Zustimmung der Hauptversammlung veranlasst wird, kommt im einfachen faktischen Aktienkonzern neben der Konzernhaftung nach §§ 311, 317 AktG auch eine Verletzung der gesellschaftlichen Kompetenzverteilung in Betracht. Hierbei hat die konzernrechtliche Regelung keinen Vorrang vor der gesellschaftsrechtlichen bzw. der bürgerrechtlichen Regelung. Zunächst geht es bei der gesellschaftlichen Kompetenzverteilung um die organisationsrechtlichen Regelungen, die im Rahmen der Privatautonomie nur durch die Beschlüsse der Aktionäre modifiziert werden können. Bei der Überschreitung der Vertretungsbefugnis taucht das Problem der Wirksamkeit bzw. der Zurechnung des

⁶²⁴ Vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 39, 40.

⁶²⁵ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 54; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 25 II 3 a, S. 410; Horn, ZIP 1987, 1225, 1228, jeweils m.w.N.; vgl. auch Krieger, in: MünchHdbAktien, § 69, Rn. 76. Anerkennung der verdeckten Gewinnausschüttung als nachteiliges Rechtsgeschäft, vgl. Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3315.

von der Verwaltung durchgeführten Rechtsgeschäfts mit einem Dritten auf. Die Haftungsträger sind Mitglieder des Vertretungsorgans. Die Regelungen über die Konzernhaftung im (einfachen) faktischen Konzern haben eher vermögensrechtlichen Charakter. Es geht dabei um den Schutz vor der Schädigung des Gesellschaftsvermögens, die durch Zuwendung des Vermögensvorteils ausgeglichen werden kann. Der Nachteilsausgleich nach § 311 AktG entlässt die Muttergesellschaft bzw. den Mehrheitsaktionär nach § 317 AktG, das eine Verpflichtung zum Schadensersatz vorschreibt, aus der Haftung. Im Ergebnis haben die beiden Rechtsinstitute verschiedene Zwecke, Regelungsgegenstände und Rechtsfolgen, so dass sie unter den jeweiligen Voraussetzungen nebeneinander gelten sollen.

Nichts anderes gilt es auch im einfachen faktischen GmbH-Konzern, wobei die Konzernhaftung auf der mitgliedschaftlichen Treuepflicht beruht. Zunächst bezieht sich die gesellschaftliche Kompetenzverteilung auf die Vertretungsmacht des Organs, während die Treuepflicht die Beziehung eines Gesellschafters zu der Gesellschaft bzw. anderen Mitgesellschaftern regelt. Darüber hinaus haben beide Rechtsinstitute unterschiedliche Rechtsfolgen. Im Ergebnis sollen die beiden Grundsätze parallele Anwendung finden.

Im vorliegenden Sachverhalt wirkt sich die konzernrechtliche Regelung bezüglich des Sicherungsgeschäfts einerseits zwar nicht unmittelbar aus. Andererseits verdrängt sie die Regelung der Kompetenzverteilung auch nicht, die gerade für das Kreditinstitut eine negative Auswirkung haben kann. Für die Muttergesellschaft ist hierbei allerdings nur die konzernrechtliche Regelung relevant, da sie kein Adressat des Missbrauchs der Vertretungsmacht ist.

b) Die Verletzung der Treuepflicht

Da das Recht des einfachen faktischen GmbH-Konzerns auf der mitgliedschaftlichen Treuepflicht beruht, besteht dabei kein Konkurrenzproblem zwischen den gesellschaftsrechtlichen und konzernrechtlichen Regelungen. Fraglich ist jedoch, ob im einfachen faktischen Aktienkonzern §§ 311, 317 AktG die Treuepflicht verdrängen. Diese Frage ist umstritten. Eine generelle Anwendung der Grundsätze der Treuepflichtverletzung neben §§ 311 ff. AktG ist nicht anerkannt. Der BGH hat im Ausnahmefall auf die Treuepflichtverletzung zurückgegriffen, wenn ein vorsätzliches Handeln oder Unterlassen der Obergesellschaft vorlag⁶²⁶. Im Schrifttum wird die

⁶²⁶ So für die treuwidrige Stimmrechtsausübung BGHZ 129, 136, 162 = NJW 1995, 1739 „Girmes“.

Anwendung der Treuepflichtverletzung unter bestimmter Voraussetzung verneint. Eine im Schrifttum z.T. vertretene Meinung geht davon aus, dass der Grundsatz der Treubindung wieder in Betracht kommen kann, sofern die §§ 311 ff. AktG nicht zur Anwendung gelangen, etwa wenn der durch die nachteilige Maßnahme verursachte Schaden bei der Tochtergesellschaft über den durch die Muttergesellschaft herbeigeführten Nachteilsausgleich nach § 311 AktG hinausgeht oder etwa die Muttergesellschaft die Gewinnausschüttung durch Beeinflussung der Rücklagenbildung verhindert⁶²⁷. Demzufolge ist davon auszugehen, dass die Treuepflichtverletzung ausgeschlossen ist, wenn die Muttergesellschaft den Nachteil nach § 311 AktG ausgleicht.⁶²⁸ Zum Verhältnis mit § 317 AktG soll nach einer im Schrifttum mehrfach vertretenen Meinung der Grundsatz der Treuepflichtverletzung nur gelten, wenn es nicht zum Nachteilsausgleich kommt, etwa die Maßnahmen von vornherein nicht ausgleichsfähig sind oder die Muttergesellschaft ihrer Ausgleichspflicht nicht genügt⁶²⁹. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Denn der Nachteilsausgleich, wie oben erörtert, legitimiert die nachteiligen Maßnahmen im einfachen faktischen Konzern, so dass § 311 AktG als Sondervorschrift anzusehen ist und damit die allgemeinen Haftungstatbestände der Treuepflichtverletzung hinter § 311 AktG zurücktreten müssen.⁶³⁰ Allerdings sind die beiden Grundsätze in vorliegender Arbeit nur für das begünstigte verbundene Unternehmen von Bedeutung. Das Sicherungsgeschäft zwischen der Tochtergesellschaft und dem Kreditinstitut wird dadurch nicht berührt.

c) Der Gleichbehandlungsgrundsatz

Wie die Treubindung gehört das Gleichbehandlungsgebot auch zum Minderheitsschutz. Während die mitgliedschaftliche Treuepflicht sich auf das Handeln oder Unterlassen des Gesellschafters bezieht, geht es bei dem Gleichbehandlungsgrundsatz um die Angelegenheiten der Gesellschaftsorgane, etwa um die Beschlüsse der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung oder um die Handlungen der Verwaltung. Adressaten dieses Gebots sind somit die Verwaltung und die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung⁶³¹ und nicht der begünstigte

⁶²⁷ Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3344.; J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 317 Rn. 41 m.w.N.

⁶²⁸ Vgl. z.B. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 2, 5.

⁶²⁹ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 24 VI 2, S. 373; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktienkonzernrecht, § 311 Rn. 54.

⁶³⁰ Leuering/Goertz, in: Hölters, AktG, Rn. 15 m.w.N.; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 24 VI 2, S. 373 m.w.N.

⁶³¹ Vgl. K. Schmidt, GesR., § 28 I 2, S. 807.

Gesellschafter. Dabei kommt es ausschließlich auf die objektiven Elemente an⁶³². Die Treuepflichtverletzung setzt jedoch das Verschulden des verpflichteten Gesellschafters voraus, damit er sich zum Schadensersatz verpflichtet. All dies deutet darauf hin, dass beide Rechtsinstitute nebeneinander gelten können. In der Literatur werden sie auch häufig parallel demselben System zugeordnet⁶³³. Demzufolge gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz im einfachen faktischen GmbH-Konzern weiterhin neben der Treubindung. Nimmt man § 311 AktG als konzernrechtliche Sondervorschrift der Treuepflichtverletzung an, soll es auch im Aktienkonzern zu demselben Ergebnis wie im GmbH-Konzern kommen. Dies ist allerdings in vorliegender Arbeit für das sicherungsnehmende Kreditinstitut ohne Bedeutung.

d) § 117 AktG

Geht man davon aus, dass § 311 AktG leges specialis des allgemeinen Schädigungsverbots sind, dann sind die Vorschriften über das allgemeine Schädigungsverbot im Anwendungsbereich der § 311 AktG auszuschließen. Demzufolge soll auch die Anwendung des § 117 AktG im einfachen faktischen Aktienkonzern ausgeschlossen werden, wenn der durch die nachteilige Einflussnahme der Muttergesellschaft verursachte Schaden nach § 311 AktG ausgeglichen wird⁶³⁴, da § 117 AktG die schädigende Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft verbietet und deshalb ein allgemeines Schädigungsverbot darstellt. Wird der Schaden nicht rechtmäßig nach § 311 AktG ausgeglichen, verpflichtet sich der tätigende Aktionär nach § 317 AktG zum Schadensersatz. Fraglich ist jedoch, ob § 317 AktG Vorrang vor § 117 AktG hat. Nach der h. M. soll § 117 AktG neben § 317 AktG Anwendung finden⁶³⁵. Dies stimmt jedoch nicht ganz. Zwar kann nicht nur der Tätigende, der ein Aktionär oder ein gesellschaftsfremder Dritter sein kann, sondern auch der sogenannte Nutznießer (§ 117 Abs. 3 AktG) nach § 117 AktG haften. Allerdings entspricht die Schadensersatzpflicht nach § 117 AktG der nach § 317 AktG, wenn die Haftung eines Aktionärs betroffen ist. Die beiden Vorschriften haben

⁶³² Wiedemann, GesR., § 8 II 2 b, S. 429.

⁶³³ Vgl. z. B. K. Schmidt, GesR., § 21 II 3 b, S. 615; Wiedemann, GesR., § 8 II, S. 427 ff.

⁶³⁴ Vgl. Leuering/Goertz, in: Hölters, AktG, Rn. 8 m.w.N.; Krieger, in: MünchHdbAktien, § 69, Rn. 61 m.w.N.; Hüffer, AktG, § 117 Rn. 1; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktienkonzernrecht, § 311 Rn. 54 m.w.N.; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 8. Aufl., 2005, § 24 VI 2, S. 373 m.w.N.; Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rdnrn. 88 f.; a.A. Würdinger, GrossKommAktG, Anm. 5.

⁶³⁵ Leuering/Goertz, in: Hölters, AktG, Rn. 8 m.w.N.; Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3331; Mertens, in: KölnKommAG, § 117 Rn. 46; Krieger, in: MünchHdbAG, § 69, Rn. 110; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 24 IV 1, S. 367, § 27 I., S. 400; Habersack, in: Emmerich/Habersack, Aktienkonzernrecht, § 311 Rn. 54, jeweils m.w.N.; J. Vetter, in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 317 Rn. 40.

deliktsrechtlichen Charakter⁶³⁶ und können von den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft geltend gemacht werden, sofern diese bei der abhängigen Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG, 117 Abs. 5 AktG)⁶³⁷. Insofern soll die Haftung aus § 117 AktG angesichts ihrer engeren tatbeständlichen Voraussetzung von der des § 317 AktG gedeckt werden.⁶³⁸ Wo der Schutzmechanismus § 317 AktG nicht reicht, etwa zur Haftung eines außenstehenden Dritten oder des Nutznießers, lebt die Anwendung des § 117 AktG wieder auf⁶³⁹. Da § 117 AktG im GmbH-Recht nicht analog anwendbar ist, kommt diese Überlegung im einfachen faktischen GmbH-Konzern nicht in Betracht.

III. Die gesellschaftsrechtlichen Regeln und die Existenzvernichtungshaftung

Wie oben erörtert, gilt einerseits im Aktienkonzern die Rechtsfigur des „qualifizierten faktischen Konzerns“ trotz der Schaffung der Existenzvernichtungshaftung weiterhin, wobei §§ 302 ff. AktG analoge Anwendung finden, so dass dabei nichts anders gilt als im Vertragskonzern. Andererseits werden die Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung für die Gesellschaften-mbH entwickelt, sind aber auch auf die Aktiengesellschaften anzuwenden, wobei es nicht um konzernrechtliche Grundsätze, sondern um eine deliktsrechtliche Haftung auf der Ebene des bürgerlichen Rechts geht. Hierbei ist das Verhältnis zwischen der deliktsrechtlichen Existenzvernichtungshaftung und den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu untersuchen.

1. Die Kapitalerhaltungsregeln und die Existenzvernichtungshaftung

Bis zur Trihotel-Entscheidung waren die Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung nach der Autohändler-Entscheidung des BGH⁶⁴⁰ subsidiär gegenüber den Kapitalschutzbestimmungen der §§ 30 f. GmbHG und ergänzten diese in Fällen, in denen die Kapitalschutzbestimmungen angesichts der Art des schädigenden Eingriffs

⁶³⁶ Zum § 117 AktG, Hüffer, AktG, § 117 Rz. 2; BGH, WM 1992, 1812; BGH „Girmes“, ZIP 1995, 819, 828 = WM 1995, 882, 891.

⁶³⁷ Eschenbruch, Konzernhaftung, Rz. 3355 f.

⁶³⁸ S. auch Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 311 Rn. 4 f.

⁶³⁹ Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, 2004, S. 133 ff.; ähnlicher Meinung nach bezieht sich § 117 AktG auf die außerhalb der Gesellschaftsorganisation stehenden Personen, vgl., Wiedemann, GesR., § 8 II 4, S. 437.

⁶⁴⁰ BGH ZIP 2005, 117.

nicht den erforderlichen Schutz der Gläubiger sicherstellen können.⁶⁴¹ Im Trihotel-Urteil⁶⁴² hat sich der BGH auf § 826 BGB als Anspruchsgrundlage für die Existenzvernichtungshaftung festgelegt und geht davon aus, dass ein solcher Anspruch gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 31, 30 GmbHG nicht subsidiär ist, sondern vielmehr in einer freien Anspruchsgrundlagenkonkurrenz neben den Ansprüchen des GmbHG steht.⁶⁴³ Damit soll die Lücke im Kapitalschutzrecht der GmbH geschlossen werden, wie z.B. im Falle des Verkaufs von notwendigen Produktionsmitteln zum Marktpreis, des Abzugs von dringend erforderlicher Liquidität durch Austausch von Umlaufvermögen in kurzfristig nicht veräußerbare Vermögenswerte, der einseitigen Zuweisung von Risiken oder der Umleitung von Geschäftschancen, wobei es sich um den bilanziell neutralen Austausch von Aktivposten oder generell nicht bilanziell relevante Eingriffe handelt, und damit kommt eine Auszahlung i.S.d. § 30 GmbHG nicht in Betracht.⁶⁴⁴ Der durch die Existenzvernichtungshaftung vermittelte Liquiditätsschutz bleibt auch nach der Neuregelung des § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG im MoMiG unberührt.⁶⁴⁵ Dies soll auch für die Aktiengesellschaft gelten. Denn wird die Existenzvernichtungshaftung einerseits nunmehr auf § 826 BGB gestützt, sind keine Gründe ersichtlich, warum nur die Gesellschafter einer GmbH, nicht aber die Aktionäre einer AG einer solchen deliktischen Haftung unterliegen sollten.⁶⁴⁶ Andererseits soll nach Inkrafttreten des MoMiG die bilanzielle Betrachtungsweise auch für die Kapitalerhaltungsregelungen im Aktienrecht gelten, so dass als Folge es eine Rechtslücke im Aktienrecht wie im GmbH-Recht geben wird.

2. Das Recht der Gesellschafterleistung und die Existenzvernichtungshaftung

Bei typischer dezentraler Konzernfinanzierung gewährt die Bank im Regelfall Kredite an die abhängige Gesellschaft, gleichgültig ob AG oder GmbH, und nimmt Sicherheiten von dem herrschenden Unternehmen oder einem anderen verbundenen Unternehmen auf. Dabei ist die abhängige Gesellschaft im Prinzip begünstigt, so dass die Sicherheitenbestellung durch verbundene Unternehmen keinen Eingriff in das

⁶⁴¹ Heider, in: MünchKommAktG, § 1 Rn. 82, 84.

⁶⁴² BGH NJW 2007, 2689 = ZIP 2007, 1552 = NZG 2007, 667; bestätigt in BGH ZIP 2008, 308, 310; siehe ferner BGH ZIP 2008, 455.

⁶⁴³ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 318, Rn. 42 f.; Gloger/Goette/van Huet, DSStR 2008, 1141, 1142; Heider, in: MünchKommAktG, § 1 Rn. 84 m.w.N.

⁶⁴⁴ Gloger/Goette/van Huet, DSStR 2008, 1141, 1143.

⁶⁴⁵ Ekkenga, in: MünchKommGmbHG, § 30, Rn. 37; Liebscher, in: MünchKommGmbHG, Anhang GmbH-Konzernrecht, Rn. 400 m.w.N.

⁶⁴⁶ Heider, in: MünchKommAktG, § 1 Rn. 85.

Vermögen der abhängigen Gesellschaft darstellen kann. Insofern ist kein Raum für die Anwendung der Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung. Allerdings könnte eine Anwendungskonkurrenz von dem neuen Recht der Gesellschafterleistung und den Grundsätzen der existenzvernichtenden Eingriffe in Betracht kommen, wenn die Forderung auf Rückzahlung des Drittdarlehens im letzten Jahr vor Insolvenzantragsstellung durch Leistung der (abhängigen) Gesellschaft an den Gläubiger (Darlehensgeber) befriedigt, und die Gesellschaft dadurch insolvent wird. Hierbei ist zunächst klar zu machen, ob die Veranlassung auf Rückzahlung des Drittdarlehens überhaupt als sittenwidrige Schädigung i.S.d. existenzvernichtender Eingriffe zu qualifizieren ist.

Nach der Ausführung des II. Zivilsenats liegt eine sittenwidrige Schädigung vor, wenn der Gesellschafter zum unmittelbaren oder mittelbaren Vorteil eines Gesellschafters oder Dritten das Gesellschaftsvermögen planmäßig entzieht, und damit die Insolvenz der GmbH verursacht oder vertieft wird.⁶⁴⁷ Darunter fällt nicht nur die Vermögensentziehung, die den Zugriff der Gläubiger auf dieses Vermögen verhindert, sondern auch die faktische dauerhafte Beeinträchtigung der Erfüllung der Verbindlichkeiten.⁶⁴⁸ Im Fall der Rückzahlung des gesellschafterbesichernden Drittdarlehens ist der besichernde Gesellschafter durch die Befreiung von seiner Verpflichtung aus der Kreditsicherung begünstigt, so dass die Veranlassung auf Rückzahlung eines Drittdarlehens durch den Gesellschafter nach der Ausführung des BGH als existenzvernichtender Eingriff zu qualifizieren ist, soweit die Insolvenz der (abhängigen) Gesellschaft durch die Rückzahlung verursacht oder vertieft wird.

Bei Erfüllung der jeweiligen Tatbestände sollen die beiden Rechtsinstitute nebeneinander Anwendung finden, weil sie auf unterschiedlichen Rechtsgedanken und -grundlagen beruhen. Während das neue Eigenkapitalersatzrecht insolvenzrechtlicher Natur ist und die nachrangige Stellung der Forderungen des Gesellschafters im Insolvenzverfahren im Kernpunkt des Rechts steht, geht es bei den Grundsätzen der existenzvernichtenden Eingriffe um eine auf allgemeinem Deliktsrecht beruhenden Verhaltenshaftung des (herrschenden) Gesellschafters.

3. Die Beschränkungen der Rechte der Gesellschafter und die Existenzvernichtungshaftung

Nach der jüngsten Trihotel-Entscheidung des BGH beruhen die Grundsätze der

⁶⁴⁷ BGH v. 16. 7. 2007, II ZR 3/04, DStR 2007, 1586.

⁶⁴⁸ BGH NZG 2007, 677, 671 Rn. 30.

Existenzvernichtungshaftung auf § 826 BGB, so dass es sich dabei, anders als die typischen konzernrechtlichen Regelungen, nicht um konzernspezifische Sondervorschriften, sondern um einen Anspruch auf Schadensersatz aus dem allgemeinen bürgerlichen Recht handelt. Der Übergang des BGH zur Innenhaftung nach § 826 BGB ist für die GmbH zwar neu, findet bei der AG jedoch ein Seitenstück in der Haftung nach § 117 AktG, die ebenfalls Innenhaftung ist, und zwar deliktischen Ursprungs.⁶⁴⁹ Durch § 117 AktG wird der Rückgriff auf § 826 BGB nicht unzulässig, sondern entbehrlich gemacht.⁶⁵⁰ Allerdings bestehen beide Begründungswege nebeneinander, weil § 117 AktG und § 826 BGB konkurrierend zur Anwendung kommen.⁶⁵¹ Dies soll auch beim Verhältnis mit den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht, der Treuepflichtverletzung bzw. der Gleichbehandlung gelten.

⁶⁴⁹ Hüffer, AktG, § 1 Rn. 26a; § 117 Rn. 2.

⁶⁵⁰ Hüffer, AktG, § 1 Rn. 26a; Hüffer, FS Kropff, 1997, S 127, 135 f.

⁶⁵¹ Hüffer, AktG, § 1 Rn. 26a; § 117 Rn. 14.

Kapitel 3: Die wichtigsten Fallgruppen der Sicherheitenbestellung im Konzern

§ 10 Besicherung eines Kredits an die Muttergesellschaft durch untergeordnete Konzerngesellschaften – *Upstream-Besicherung*

I. Kreditsicherung durch eine Tochtergesellschaft

Bei zentralisierter Konzernfinanzierung nimmt häufig die Muttergesellschaft von Banken Kredite auf und dafür bestellen die Tochtergesellschaften Sicherheiten. Hierbei stellt sich die Frage, welche rechtlichen Regeln dafür einschlägig sein können und wie sie sich auswirken.

1. Die Haftung des herrschenden Unternehmens

a) Im Vertragskonzern

aa) Keine Haftung aus dem Kapitalerhaltungsgrundsatz

Der Schwerpunkt der herkömmlichen Diskussion im Schrifttum über die Kreditsicherung durch eine Tochtergesellschaft für einen Bankkredit an die Muttergesellschaft liegt in der Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln.¹ Wie auch in vorliegender Arbeit erörtert, ist die Qualifizierung solcher Kreditsicherung als Einlagenrückgewähr allgemein anerkannt. Danach verpflichtet sich die Muttergesellschaft zur Rückerstattung der von der Tochtergesellschaft geleisteten Zuwendung nach §§ 57, 62 AktG, 30, 31 GmbHG, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt werden. Wenig diskutiert ist die Auswirkung der konzernrechtlichen Regeln auf solche Kreditsicherung.² Im Aktien-Vertragskonzern stellt die Kreditsicherung durch die Tochtergesellschaft zwar einen Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung dar, es finden die §§ 57, 58, 60 AktG nach § 291 Abs. 3 AktG sowie nach der neuen Bestimmung von § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG in diesem Fall jedoch keine Anwendung.³ Im GmbH-Vertragskonzern ist ein Verstoß gegen §§ 30, 31 GmbHG gem. § 30 Abs. 1 S. 2 Fall 1 GmbHG ausgeschlossen, wenn die

¹ Bastuck, WM 2000, 1091 ff.; Groß/Sonnenhol, GmbHR 1995, 561 ff.; Meister, WM 1980, 390 ff.; Messer, ZHR 159 (1995), 375, 377 ff.; Mülberr, ZGR 1995, 578, 594 ff.; Peltzer/Bell, ZIP 1993, 1757 ff.; Peltzer, GmbH 1995, 15 ff.; Schön, ZHR 159 (1995), 351, 356 ff.; Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 396 ff.

² Im Schrifttum wird diese Frage nur zum Teil erwähnt, vgl. Messer, ZHR 159 (1995), 375, 379 f.; Schön, ZHR 159 (1995), 351, 371 ff.; Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 409 f.

³ Dazu vgl. auch Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388 ff., 409. Ausführliches siehe Brandes, FS Kellermann, 1991, S. 25 ff., 32 ff. m.w.N.

Tochtergesellschaft beim Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags für einen Kredit an die Muttergesellschaft Sicherheiten bestellt, so dass die sicherungsgebende Tochtergesellschaft bei Auszahlung einen Verlustausgleichsanspruch gegen die Konzernobergesellschaft erwirbt, und wenn dieser Anspruch nach der Bonität der Obergesellschaft vollwertig ist.⁴ Im Ergebnis haftet die Muttergesellschaft in vorliegendem Sachverhalt nicht nach den Kapitalerhaltungsregelungen, sondern nach §§ 302, 303, 305 AktG. Ausnahmsweise leben die Regelungen der Kapitalerhaltung bei Vermögenszuwendung durch rechtswidrige Weisung wieder auf, etwa bei unverhältnismäßiger Benachteiligung oder Existenzgefährdung der Tochtergesellschaft sowie bei der Vermögenslosigkeit der Muttergesellschaft, so dass die Muttergesellschaft in diesem Fall für die Beschädigung der Tochtergesellschaft durch die Sicherheitenbestellung nach §§ 57, 62 AktG, 30, 31 GmbHG haften muss.

bb) Keine Haftung wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht oder der Überschreitung der Beschränkung der Gesellschafterrechte

Es geht bei dem Missbrauch der Vertretungsmacht in erster Linie um die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, das als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren ist. Dafür verantwortlich können die Mitglieder der Verwaltung sein, aber nicht die Gesellschafter, auch wenn sie die Verwaltung dazu veranlassen. Darüber hinaus ist dieses Rechtsinstitut im Vertragskonzern, wie oben erörtert, durch die konzernrechtlichen Regeln ausgeschlossen. Eine Haftung der Muttergesellschaft wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht kommt deshalb nicht in Betracht.

Die Rechtswidrigkeit der nachteiligen Einflussnahme der Konzernmutter zur Sicherheitenbestellung der Tochtergesellschaft aufgrund der Treuepflichtverletzung ist im Vertragskonzern durch die dort vorgeschriebenen Schutzmechanismen legitimiert. Sie schließen die Haftung der Muttergesellschaft wegen Treuepflichtverletzung aus. Allerdings verpflichtet die Treuebindung die Konzernmutter ausnahmsweise zum Schadensersatz, wenn das nachteilige Rechtsgeschäft auf einer rechtswidrigen Weisung beruht. Gleiches gilt auch bei dem Gleichbehandlungsgebot. Ausgeschlossen ist auch die Haftung der Obergesellschaft nach § 117 Abs. 1 AktG im Vertragskonzern (§ 117 Abs. 7 Nr. 2 AktG).

⁴ Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 124 m.w.N.

cc) Keine Haftung für die einzelne Einflussnahme im Konzernrecht und keine Existenzvernichtungshaftung

Nach § 308 AktG steht der Muttergesellschaft im Vertragskonzern ein Weisungsrecht zu. Danach ist auch eine nachteilige Weisung zulässig. Das Gesetz verlangt von der Muttergesellschaft nicht, den dadurch entstehenden Nachteil im Einzelnen zu kompensieren. Sie muss nur nach § 302 AktG den Jahresfehlbetrag ausgleichen oder gem. § 303 AktG nach Ende des Beherrschungsvertrags den Tochtergläubigern Sicherheit leisten. Wird ein Kredit an die Muttergesellschaft aufgrund ihrer Weisung i.S.d. § 308 AktG durch eine Tochtergesellschaft besichert, so haftet die Konzernmutter nicht für den durch die Sicherheitenbestellung entstehenden Nachteil, ausgenommen den Fall, dass das Sicherungsgeschäft aufgrund einer rechtswidrigen Weisung abgeschlossen wird. Soweit sie dem Konzerninteresse dient, ist die Sicherheitenbestellung durch eine Untergesellschaft zugunsten der Konzernmutter im Vertragskonzern dann zulässig. Dies ist bei zentralisierter Konzernfinanzierung im Prinzip der Fall. Insofern wirken sich die Regelungen der Konzernhaftung nicht direkt auf die einzelne nachteilige Maßnahme, hierbei also das Sicherungsgeschäft, aus. Das Kreditinstitut als Gläubiger der Untergesellschaft aufgrund des Sicherungsgeschäfts kann zwar den Anspruch auf Verlustübernahme der Untergesellschaft gegen die Obergesellschaft (§ 302 AktG) pfänden oder sich überweisen lassen. Dies ist jedoch weniger von Bedeutung, da dem Kreditinstitut im Fall der Upstream-Besicherung, in dem die Obergesellschaft von dem Kreditinstitut Kredit aufgenommen hat, schon ein Anspruch aus dem Kreditgeschäft gegen die Obergesellschaft zur Verfügung steht. Die Verpfändung und Überweisung des Anspruchs auf Verlustübernahme stellt dabei keine zusätzliche Sicherheit dar.

Aufgrund der Verlustübernahmepflicht der Obergesellschaft nach § 302 AktG kann die Tochtergesellschaft im Prinzip nicht insolvent werden, so dass die Regelung der Existenzvernichtungshaftung im Vertragskonzern keine Anwendung findet.

b) Im faktischen Konzern

aa) Im faktischen Aktien-Konzern

1) Im faktischen Konzern fehlt es zwar an einer Vorschrift wie § 291 AktG, die die Anwendbarkeit der §§ 57, 58, 60 AktG allgemein ausschließt. Allerdings kommt die Haftung der Muttergesellschaft wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz der

Kapitalerhaltung nicht in Betracht, wenn eine Einlagenrückgewähr durch die nachteilige Einflussnahme der Konzernmutter erfolgt und diese den Nachteil nach § 311 AktG ausgeglichen hat. Dies gilt auch bei der Kreditsicherung der Tochtergesellschaft zugunsten der Muttergesellschaft. Hat die Muttergesellschaft den durch die Sicherheitenbestellung entstehenden Nachteil der Tochtergesellschaft nach § 311 AktG ausgeglichen, wird nicht nur die Haftung der Konzernmutter wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung, sondern auch diejenige wegen Treuepflichtverletzung und aus § 117 AktG ausgeschlossen. Auch wird die Tochtergesellschaft in diesem Fall nicht insolvent, so dass es für die Regelung der Existenzvernichtungshaftung keinen Raum gibt.

2) Fällt der Nachteilsausgleich i.S.d. § 311 AktG aus, ist die Muttergesellschaft dann zunächst nach § 317 AktG der Tochtergesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet. In diesem Fall besteht keine Legitimation der nachteiligen Einflussnahme der Muttergesellschaft und es leben die Regelungen der Kapitalerhaltung (§§ 57, 62 AktG)⁵ und des Treuegebots sowie § 117 AktG wieder auf. Diese Rechtsinstitute konkurrieren im faktischen Aktien-Konzern ohne Nachteilsausgleich der Konzernmutter nach § 311 AktG, auf diese Rechtsgrundlagen kann sich die Tochtergesellschaft berufen und dadurch die Muttergesellschaft in Anspruch nehmen. Insofern findet die Regelung der Existenzvernichtungshaftung neben den oben genannten Regeln Anwendung, soweit die Sicherheitenbestellung zur Insolvenz der Tochtergesellschaft führt.

3) Zu beachten ist, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz neben §§ 311, 317 AktG parallel Anwendung findet. Hat die Muttergesellschaft den Nachteilsausgleich nach § 311 AktG durchgeführt, besteht dann auch keine Benachteiligung anderer Mitgesellschafter mehr, so dass ein Schadensersatzanspruch der Tochtergesellschaft aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes gegenüber der Muttergesellschaft ausgeschlossen ist. Ist dies nicht geschehen, verpflichtet sich die Obergesellschaft neben § 317 AktG auch nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz der Tochtergesellschaft gegenüber zum Schadensersatz. Im Ergebnis bildet der Gleichbehandlungsgrundsatz bezüglich der Beziehung zwischen der Mutter- und Tochtergesellschaft keinen Unterschied zur gesellschaftlichen Treuebindung im Verhältnis zu §§ 311, 317 AktG. In Zusammenhang mit der Haftung der Muttergesellschaft kommt der Missbrauch der Vertretungsmacht, wie oben schon erwähnt, nicht in Betracht.

⁵ Vgl. Krieger, MünchHdbAktien, § 69, Rn. 47 m.w.N.: Vgl. hierzu eingehend Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, S. 64 ff., 76 ff, der allerdings entgegen der herrschenden Meinung §§ 57, 62 AktG in jedem Fall neben §§ 311 AktG anwenden will.

bb) Im GmbH-Konzern

1) Für die Haftung der Obergesellschaft im einfachen faktischen GmbH-Konzern fehlt eine gesetzliche Regelung wie im Aktienkonzernrecht. Die Literatur und Rechtsprechung haben dafür auf Basis der gesellschaftlichen Treuepflicht Konzernregeln entwickelt. Danach verpflichtet sich die Muttergesellschaft zum Schadensersatz, wenn sie die Tochtergesellschaft zu einem nachteiligen Rechtsgeschäft veranlasst. Da die gesellschaftliche Treubindung keinen Vorrang vor dem Grundsatz der Kapitalerhaltung hat, verpflichtet sich die Muttergesellschaft neben dem Treuegebot nach §§ 30, 31 GmbHG zur Rückerstattung der Auszahlung. Allerdings beschränkt sich der Schadensersatz wegen der Treuepflichtverletzung nicht nur auf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Tochtergesellschaft, so dass die Pflicht zur Rückerstattung nach §§ 30, 31 GmbHG von der Pflicht zum Schadensersatz wegen Treuepflichtverletzung gedeckt werden kann. Im Fall der Kreditsicherung durch die Tochtergesellschaft zugunsten der Muttergesellschaft kann die letztere ihre Schadensersatzpflicht erfüllen, indem sie der Tochtergesellschaft eine zusätzliche Sicherheit bestellt oder den Haftungsbetrag zur Verfügung stellt⁶.

2) Gleiches gilt auch bei der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, wonach sich die Konzernmutter gegenüber der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft auch wie bei Verletzung der Treuepflicht zum Schadensersatz verpflichtet, wobei die beiden Rechtsinstitute im faktischen GmbH-Konzern nebeneinander Anwendung finden sollen. Da die Muttergesellschaft kein Adressat des Rechtsinstituts des Missbrauchs der Vertretungsmacht ist, kommt dies auch hierbei nicht in Betracht.

3) Denn die mitgliedschaftliche Treuepflicht hat keinen Vorrang vor dem Grundsatz der existenzvernichtenden Eingriffe. Führt die Kreditsicherung zur Insolvenz der Tochtergesellschaft, so gilt die Regelung der Existenzvernichtungshaftung neben der Treuepflichtverletzung.

2. Die Wirksamkeit des Sicherungsgeschäfts

a) Keine Auswirkung der konzernrechtlichen Regelungen

⁶ Vgl. Schön, ZHR 159 (1995), 351, 364.

Bestellt eine Tochtergesellschaft für einen Bankkredit an die Muttergesellschaft eine Sicherheit, ist die Bank dann zugleich der Gläubiger der Muttergesellschaft und Sicherungsgläubiger der Tochtergesellschaft. Neben dem Schutz der abhängigen Gesellschaft handelt es sich im Konzernrecht um den Schutz der Gläubiger der Tochtergesellschaft. Der Gläubigerschutz erfolgt entweder unmittelbar durch die Einräumung eines Anspruchs auf Sicherheitsleistung (§ 303 AktG) oder mittelbar durch die Gewährleistung des Vermögens der Untergesellschaft, etwa durch die Verpflichtung der Muttergesellschaft zur Verlustübernahme (§ 302 AktG) oder zum Nachteilsausgleich (§ 311 AktG) bzw. zum Schadensersatz (§ 317 AktG). Als Gläubiger der Tochtergesellschaft soll das sicherungsnehmende Kreditinstitut dadurch geschützt werden. Das Kreditinstitut ist aufgrund des Kreditgeschäfts ein Gläubiger der Muttergesellschaft und muss hinsichtlich des Vermögens der Tochtergesellschaft aufgrund der strukturellen Nachrangigkeit hinter die Tochtergläubiger treten. Durch die Kreditsicherung der Tochtergesellschaft kann die Bank direkt in das Vermögen der Tochtergesellschaft eingreifen, damit es diese Nachrangigkeit überwindet. Allerdings behandelt das Konzernrecht dieses Problem nicht. Im Konzernrecht geht es um den mittelbaren Schutz der Gläubiger der Tochtergesellschaft durch die Verpflichtung der Mutter zur Verlustübernahme oder zum Nachteilsausgleich bzw. Schadensersatz und hat wenig mit der Auswirkung auf ein Drittgeschäft der Tochter zu tun. Im Ergebnis ist die Rechtsstellung des Kreditinstituts im Sicherungsverhältnis nicht von der konzernrechtlichen Regelung berührt. Darüber hinausgehend muss man dabei weiter untersuchen, ob die sonstigen Regelungen, die die Wirksamkeit des Drittgeschäfts der Tochtergesellschaft beeinträchtigen könnten, sei es die gesellschaftsrechtlichen oder bürgerrechtlichen Regelungen, durch die Anwendung der konzernrechtlichen Regelungen verdrängt werden könnten.

b) Eventuelle Auswirkung der gesellschaftsrechtlichen Regelung

aa) Keine Auswirkung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes

Das Kapitalerhaltungsrecht richtet sich grundsätzlich auf die Gesellschafter und hat im Prinzip keine Auswirkung auf das Sicherungsgeschäft, das die Gesellschaft zugunsten ihrer Gesellschafter mit einem Dritten, im Regelfall einem Kreditinstitut, abgeschlossen hat. In den Fällen der Kollusion, also beim bewusst schädigenden Zusammenwirken des sicherungsnehmenden Kreditinstituts und der Muttergesellschaft, wird eine Erstreckung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes auf die sicherungsnehmende Bank von der Rechtsprechung und in der Lehre zum Teil

angenommen.⁷ Da einerseits das Kapitalerhaltungsrecht keine subjektiven Elemente voraussetzt und andererseits der Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsgrundsätze die Haftung zum Schadensersatz zur Folge hat, während im Fall der Kollusion die Nichtigkeit als Rechtsfolge in Betracht kommen kann, ist diese Auffassung nicht überzeugend. Eine mögliche Einbeziehung der sicherungsnehmenden Bank in die Haftung wegen des Verstoßes gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz kommt nur dann in Betracht, wenn die Bank als ein verbundenes Unternehmen der Muttergesellschaft zu betrachten ist. Insofern geht es um eine konzerninterne Finanzierung, die jedoch in vorliegender Arbeit nicht behandelt wird.

bb) Eventuelle Auswirkung wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht

Wie oben erörtert, kann das Sicherungsgeschäft zwischen der Bank und der Tochtergesellschaft nur wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht (schwebend) nichtig sein, wenn die Bank die Gesellschaftereigenschaft der kreditnehmenden Muttergesellschaft gegenüber der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft erkennt oder zu erkennen hat und damit auch die Qualifizierung des Sicherungsgeschäfts als eine verdeckte Gewinnausschüttung erkennen kann. Dies ist in der Praxis der zentralisierten (konzernexternen) Finanzierung häufig der Fall, so dass die Bank bei der Kreditsicherung durch eine Tochtergesellschaft der kreditnehmenden Muttergesellschaft darauf achten muss, ob die Gesellschafterversammlung der Tochtergesellschaft dem Sicherungsgeschäft zustimmt. Ohne Zustimmung der Gesellschafter kann sie sich dann nicht auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht berufen.

c) Die eventuelle Auswirkung aus dem bürgerlichen Recht

aa) Nichtigkeit des Sicherungsgeschäfts wegen Gläubigergefährdung nach § 138 BGB

Da die meisten gesellschafts- bzw. konzernrechtlichen Regelungen für das Sicherungsgeschäft von geringerer Bedeutung sind, hat das sicherungsnehmende Kreditinstitut schließlich die bürgerlich-rechtlichen Regelungen zu beachten. Hierbei kommen §§ 138 BGB in Betracht.

⁷ BGH WM 1982, 1402; BGHZ 138, 291 = DStR 1998, 1272; weitergehend u differenzierend Westermann, in: Scholz-GmbHG, § 30 Rn 14, 9; Altmeyden, in: Roth-GmbHG, § 30 Rn 103 f; vgl auch Canaris, in: FS Fischer, 1979, 45 ff; Groß/Sonnenhol, GmbHR 1995, 561 mwN.

Da ein Gläubiger der Konzernmutter durch die Sicherheitenbestellung der Tochtergesellschaft die strukturelle Nachrangigkeit überwinden und sich den direkten Eingriff in das Vermögen der Tochtergesellschaft verschaffen kann, werden die Vermögensinteressen der Tochtergläubiger dadurch gefährdet. Wie oben erörtert kann das Sicherungsgeschäft deshalb wegen Gläubigergefährdung nach § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig sein⁸. Nach der Meinung des BGH liegt eine Nichtigkeit des Sicherungsgeschäfts mit dem Gläubiger eines Gesellschafters nur dann vor, wenn es den Parteien des Sicherungsgeschäfts bewusst ist, dass neue Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht würden und dadurch Schaden erleiden könnten⁹. Dadurch unterscheidet sich der Fall der Kollusion von dem typischen Missbrauch der Vertretungsmacht, bei dem es nur um die Erkenntnis des Kreditinstituts über den Gesellschaftercharakter des Kreditgebers geht.

bb) Nichtigkeit des Sicherungsgeschäfts wegen Schuldnerknebelung

Das Sicherungsgeschäft zwischen dem Kreditinstitut und der Tochtergesellschaft kann außerdem wegen Schuldnerknebelung nach § 138 BGB unwirksam werden, wenn dadurch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Tochtergesellschaft ganz oder zu einem wesentlichen Teil gelähmt wird¹⁰, wobei die Auswirkung der Kreditsicherung auf ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit und der Umfang der konkreten Sicherheiten zu beachten sind¹¹. Allerdings ist dies im konkreten Fall durch eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Rechtsgeschäfts zu ermitteln¹². Eine Schuldnerknebelung ist ausgeschlossen, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft durch die Weiterleitung der von der Muttergesellschaft aufgenommenen Kreditmittel in angemessenem Umfang sichergestellt wird¹³.

II. Kreditsicherung durch eine Enkelgesellschaft zugunsten der Muttergesellschaft

Stellt eine Enkelgesellschaft Sicherheiten für einen Kredit an die Muttergesellschaft, so sind die Rechtslagen jeweils zwischen zwei beteiligten Konzerngesellschaften zu

⁸ Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 395, 410.

⁹ Vgl. BGHZ 10, 228, 232; BGH, WM 1982, 1406.

¹⁰ Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 412 m.w.N.

¹¹ Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 412.

¹² Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 412.

¹³ BGHZ 19, 13, 18; Sonnenhol/Groß, ZHR 159 (1995), 388, 413.

untersuchen.

1. Das Verhältnis zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft

a) Ausgangspunkt

In den Fällen, in denen ein Bankkredit an die Konzernmutter durch eine Enkelgesellschaft besichert wird, hängt die Haftung der Tochtergesellschaft davon ab, ob sie bei der Kreditsicherung mitgewirkt hat. Erfolgt die Kreditsicherung nicht durch Veranlassung der Tochtergesellschaft, sondern durch die unmittelbare Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die sicherungsgebende Enkelgesellschaft, scheidet eine Haftung der Tochtergesellschaft gegenüber der Enkelgesellschaft aus¹⁴. Hat die Tochtergesellschaft die Kreditsicherung mutmaßlich veranlasst, ist diese Kreditsicherung als eine Leistung an einen dem herrschenden Unternehmen (Tochter) nahestehenden Dritten (Mutter) zu betrachten, so dass die Kreditsicherung der Tochtergesellschaft zuzurechnen ist. In diesem Fall haftet die Tochtergesellschaft gegenüber der Enkelgesellschaft wie eine Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft.

b) Mit Veranlassung der Tochtergesellschaft beim Bestehen eines Unternehmensvertrags zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft

Ist die Tochtergesellschaft aufgrund ihrer Veranlassung für die Kreditsicherung der Enkelgesellschaft zugunsten der Muttergesellschaft verantwortlich, haftet sie nur nach §§ 302, 303 AktG, wenn zwischen ihr und der Enkelgesellschaft ein Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrag besteht. Eine Haftung wegen des Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften kommt nach § 291 AktG und die neue Bestimmung der § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG bzw. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG nicht in Betracht. Wie oben erörtert, sind auch die Haftungen wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht sowie die Haftung wegen Treupflichtverletzung oder nach § 117 AktG ausgeschlossen.

c) Mit Veranlassung der Tochtergesellschaft ohne Unternehmensvertrag zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft

Besteht kein Unternehmensvertrag zwischen der Tochtergesellschaft und der

¹⁴ Vgl. BGH WM 1990, 2112, 2114 f.; BGHZ 81, 311, 317 (bezüglich § 31 GmbHG); Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, S. 91 m.w.N.; Meister, WM 1980, 390, 400; Merkel, in: Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17 Rz. 17.55, 17.56.

Enkelgesellschaft, unterscheidet sich die Haftung der Tochtergesellschaft je nach der Rechtsform der Enkelgesellschaft. Ist die Enkelgesellschaft eine AG, ist die Haftung der Tochtergesellschaft aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften, der Treuebindung, des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie nach § 117 AktG ausgeschlossen, wenn sie den durch die Kreditsicherung entstehenden Nachteil bei der Enkelgesellschaft nach § 311 AktG ausgleicht. Ist dies nicht geschehen, verpflichtet sich die Tochtergesellschaft neben diesen allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen nach § 317 AktG gegenüber der Enkelgesellschaft zum Schadensersatz. Anderes gilt, wenn die Enkelgesellschaft eine GmbH ist. Dabei verpflichtet sich die Tochtergesellschaft auf Grundlage der Treuepflichtverletzung und des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Enkelgesellschaft gegenüber zum Schadensersatz. Dazu kommt noch eine Pflicht zur Rückerstattung der geleisteten Auszahlung nach §§ 30, 31 GmbHG,¹⁵ die jedoch ihrem Umfang nach begrenzter als die Schadensersatzpflicht nach der Treuebindung und dem Gleichbehandlungsgrundsatz ist.

Dazu kommt außerdem noch der Grundsatz des Missbrauchs der Vertretungsmacht, gleichgültig ob die Enkelgesellschaft eine AG oder eine GmbH ist. Wie oben erwähnt, könnte das Sicherungsgeschäft (schwebend) nichtig sein, wenn eine Kollusion in Betracht kommt oder wenn die sicherungnehmende Bank unter Berücksichtigung der Evidenztheorie die Gesellschafterstellung des Kreditnehmers kennt.

2. Das Verhältnis zwischen der Mutter- und der Enkelgesellschaft

a) Beim Bestehen eines Unternehmensvertrags zwischen der Mutter- und Enkelgesellschaft

In diesem Fall handelt es sich zwischen den beiden Gesellschaften um ein typisches „Mutter-Tochter-Verhältnis“ im Vertragskonzern. Möglich ist auch ein Unternehmensvertrag zwischen der Tochter- und Enkelgesellschaft. Theoretisch denkbar, jedoch in der Praxis kaum vorstellbar ist, dass die Konzernmutter bei der Kreditsicherung durch die Enkelgesellschaft keine Einflussnahme ausgeübt hat. Sie haftet nach §§ 302, 303 AktG wie im typischen Vertragskonzern gegenüber einer normalen Tochtergesellschaft. Neben dieser Haftung kann auch eine Haftung der Tochtergesellschaft in Betracht kommen, je nachdem, in welcher Form die Enkel- von der Tochtergesellschaft abhängig ist, wobei bei der faktischen Abhängigkeit die

¹⁵ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 58, 62 f.; a.A. geht von einem Ausschluss der Haftung aus, insbesondere wenn die Tochter die Empfängerin der Leistung ist, vgl. eben da Rn. 57 m.w.N., Rn. 61.

Haftung der Tochtergesellschaft ihre Veranlassung voraussetzt.

b) Ohne Unternehmensvertrag zwischen der Mutter- und Enkelgesellschaft

Eine Kreditsicherung durch die Enkelgesellschaft für einen Kredit an die Muttergesellschaft ist in der Praxis ohne ihre Einflussnahme kaum vorstellbar, auch wenn zwischen den beiden Gesellschaften kein Unternehmensvertrag besteht. Die Konzernmutter kann ihre Einflussnahme direkt oder durch die Tochtergesellschaft auf die Enkelgesellschaft ausüben, so dass es dabei um eine faktische Abhängigkeit geht¹⁶. Sie haftet im Aktienkonzern nach §§ 311, 317 AktG und, je nachdem, ob sie den durch die Kreditsicherung entstehenden Nachteil bei der Enkelgesellschaft ausgeglichen hat oder nicht, auch nach dem Treuegebot, Gleichbehandlungsgrundsatz, §§ 57, 62 AktG und § 117 AktG. Ist die Enkelgesellschaft eine GmbH, haftet die Muttergesellschaft ihr gegenüber zunächst nach dem Treuegebot¹⁷ und auch nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz und §§ 30, 31 GmbHG.¹⁸ In diesem Fall gilt der Grundsatz des Missbrauchs der Vertretungsmacht nicht anders als bei der typischen Upstream-Besicherung durch die Tochtergesellschaft für die Muttergesellschaft. All dies setzt allerdings voraus, dass die Muttergesellschaft selbst auf die Enkelgesellschaft zur Kreditsicherung einwirkt oder dafür eine entsprechende Einwirkung durch das Tochterunternehmen veranlasst.¹⁹

Ausnahmsweise sollen auch im Verhältnis zwischen der Mutter- und der Enkelgesellschaft ohne Beherrschungsvertrag die Regeln des Vertragskonzerns Anwendung finden, wenn die Tochtergesellschaft nicht nur mit der Mutter-, sondern auch mit der Enkelgesellschaft Beherrschungsverträge abgeschlossen hat²⁰. Danach haftet die Muttergesellschaft nicht für das einzelne Sicherungsgeschäft mit der Enkelgesellschaft, sondern ihr gegenüber nur nach §§ 302 ff. AktG. Dies gilt nicht mehr, wenn nur zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen wird²¹.

¹⁶ Vgl. Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 24 V 3, S. 396 f. m.w.N.

¹⁷ H.M., vgl. Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 318 Rn. 29 m.w.N.; ; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 30 III 3, S. 421; Emmerich, in: Scholz-GmbHG, 10. Aufl., 2006, Anh. § 13, Rn. 79.

¹⁸ Vgl. Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 57, 59 f.

¹⁹ Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 318 Rn. 29.

²⁰ H.M., vgl. vor allem Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 24 V 3 b), S. 397 mit zahlreichen Nachweisen.

²¹ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 24 V 3 b), S. 397 m.w.N.; h.M. vertritt Gegenansicht, vgl. Kropff, in: MünchKommAktG, Anh. § 311 Rdnrn. 61 ff.; Koppensteiner, vor § 311 Rdnr. 35; Hüffer, § 311 Rdnr. 15; Krieger, in: MünchHdbAktien, § 69 Rdnr. 60.

3. Das Verhältnis zwischen der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft

Die Muttergesellschaft könnte von der Tochtergesellschaft nur in Anspruch genommen werden, wenn Letztere wegen der Sicherheitenbestellung von der Enkelgesellschaft in Anspruch genommen wird. Besteht zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft ein Abhängigkeitsverhältnis durch einen Beherrschungsvertrag, haftet die Tochter nach §§ 302 ff. AktG, so dass eine Haftung der Tochter für das einzelne nachteilige Rechtsgeschäft der Enkelgesellschaft nicht in Betracht kommt. Dies ist der Fall, wenn die Tochter entweder mit den beiden Gesellschaften oder lediglich mit der Enkelgesellschaft einen Unternehmensvertrag bzw. Unternehmensverträge abgeschlossen hat²² oder wenn ein Beherrschungsvertrag zwischen der Mutter- und der Enkelgesellschaft vorliegt.²³

Wird die Tochtergesellschaft aufgrund der faktischen Abhängigkeit von der Enkelgesellschaft in Anspruch genommen, etwa wegen Treuepflichtverletzung oder wegen des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder gar nach den Kapitalerhaltungsvorschriften, stellt sich die Frage, inwiefern die Tochtergesellschaft die Muttergesellschaft in Anspruch nehmen kann. Dies hängt davon ab, in welchem Abhängigkeitsverhältnis sich die Tochtergesellschaft zu der Konzernmutter befindet. Liegt zwischen der Tochter- und Muttergesellschaft ein Beherrschungsvertrag vor, trägt die Tochtergesellschaft das Risiko der Inanspruchnahme von der Enkelgesellschaft und kann sich wegen ihrer einzelnen Kompensation für den Nachteil bzw. Schaden des Enkels nicht an die Muttergesellschaft halten. Nur wenn im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ein faktischer Konzern vorliegt, kann die Tochter für ihren durch die Inanspruchnahme der Enkelgesellschaft entstehenden Nachteil oder Schaden der Muttergesellschaft die Kompensation verlangen.

²² Vgl. auch Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 24 V 3 b), S. 397.

²³ Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, § 24 V 3 b), S. 397 m.w.N.

§ 11. Kreditsicherung durch die Muttergesellschaft – *Downstream-Besicherung*

I. Besicherung eines Kredits an eine Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft

1. Die Rechtsordnung im Allgemeinen

Bei der herkömmlichen Diskussion über die Downstream-Besicherung ging es typischerweise um die Anwendung der Vorschriften von §§ 32a, 32b GmbHG a.F. über Eigenkapitalersatz,²⁴ wobei dem Thema, welche spezifisch konzernrechtlichen Fragen sich diesbezüglich stellen, kaum nachgegangen wurde. Wie oben erörtert, könnte nicht die Sicherheitenbestellung durch den beherrschenden Gesellschafter (Obergesellschaft), sondern seine Veranlassung auf die (Unter-)Gesellschaft zur Rückzahlung des gesellschafterbesichernden Drittdarlehens zur konzernrechtlichen Haftung führen. Allerdings finden bei der Downstream-Besicherung, wie oben erörtert, im Vertragskonzern nur die konzernrechtlichen Regelungen Anwendung, wobei im faktischen Konzern kein Raum für die konzernrechtlichen Regelungen ist. Nach der Einführung des MoMiG wurden nicht nur §§ 32a, 32b GmbHG a.F. abgeschafft, sondern auch die Anwendung der in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistung abgelehnt und damit auch die entsprechende Anwendung der Regelungen der Kapitalerhaltung (§§ 57, 62 AktG, §§ 30, 31 GmbHG) verboten. Stattdessen findet nun das neue, in die Insolvenzordnung und das Anfechtungsgesetz verlagerte Eigenkapitalersatzrecht auf den Fall der Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter Anwendung. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass solche Kreditsicherung sittenwidrig sein (§ 138 BGB) oder die deliktische Haftung, insbesondere den § 826 BGB, berühren kann.²⁵ In seinem „Trihotel“-Urteil²⁶ hat der BGH eine Fallgruppe unter dem Begriff der „Existenzvernichtungshaftung“ geschaffen, wobei ihre Rechtsgrundlage gem. 826 BGB über sittenwidrige Schädigung auf das Deliktsrecht abstellt.

2. Die Rechtsbehandlung nach dem neuen Eigenkapitalersatzrecht

²⁴ Vgl. Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, S. 81 ff. Merkel geht darüber hinaus von der Anwendung der Kapitalerhaltungsgrundsätze (§§ 57, 62 AktG, §§ 30, 31 GmbHG), Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 BGB und einer deliktischen Haftung gem. § 826 BGB aus, s. ders., in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.33 ff.

²⁵ Merkel, in: Lutter/Scheffler/U. H. Schneider, Handbuch Konzernfinanzierung, § 17, Rn. 17.33.

²⁶ BGH NJW 2007, 2689 = ZIP 2007, 1552 = NZG 2007, 667.

Die Rechtsbehandlung der Kreditsicherung durch den Gesellschafter nach dem neuen Eigenkapitalersatzrecht ist wie in § 7 vorliegender Arbeit geschildert. Durch das neue Recht wird die Forderung auf Rückzahlung des Drittdarlehens seitens des Gläubigers im Prinzip nicht beeinträchtigt. Er kann einerseits die von der (Unter-)Gesellschaft empfangene Leistung, die zur Tilgung der Verbindlichkeit aus dem Darlehensgeschäft dient, behalten. Andererseits hat er sich zuerst an den besichernden Gesellschafter zu wenden und kann im Falle eines Insolvenzverfahrens nur mit dem Betrag teilnehmen, der bei Inanspruchnahme des sicherungsgebenden oder bürgenden Gesellschafters ausfallen würde (§ 44a InsO).

Dagegen haftet der besichernde Gesellschafter (Obergesellschaft) hauptsächlich für die Verbindlichkeit aus dem Drittdarlehen, indem er die Inanspruchnahme der Sicherheit oder des Bürgen des Gläubigers befriedigt oder die dem Gläubiger gewährte Leistung zur Insolvenzmasse erstattet, allerdings nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürge haftet oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte Forderung entspricht. Beim Bestehen eines Beherrschungsvertrags zwischen der Ober- und Untergesellschaft gelten jedoch hauptsächlich die Regelungen des Vertragskonzerns (§§ 302, 3203 AktG), damit sind die Neuregelungen des Eigenkapitalersatzrechts weniger von Bedeutung.

3. Sittenwidrigkeit der Veranlassung zur Rückzahlung des Drittdarlehens?

Im „Trihotel“-Urteil geht der BGH davon aus, dass eine sittenwidrige Schädigung dann vorliegt, wenn durch Verhalten oder Maßnahme des Gesellschafters das Vermögen der Gesellschaft planmäßig entzogen und der Zugriff der Gläubiger auf das Vermögen der Gesellschaft verhindert oder dadurch die Erfüllung der Verbindlichkeiten seitens der Gesellschaft faktisch und dauerhaft beeinträchtigt wird.²⁷ Demzufolge ist die Frage, ob die Veranlassung zur Rückzahlung des Drittdarlehens durch den beherrschenden Gesellschafter (Obergesellschaft) überhaupt als sittenwidrig zu qualifizieren ist, wie bei der Qualifizierung der Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft als existenzvernichtender Eingriff darauf abzustellen, ob durch die Rückzahlung die Insolvenz der (Unter-)Gesellschaft verursacht oder vertieft wird. Da durch die Rückzahlung des Drittdarlehens die Verbindlichkeit der Gesellschaft getilgt wird, also nicht nur die Aktivwerte, sondern auch die Passivwerte der Gesellschaft vermindert werden, und zwar in gleichem

²⁷ BGH NZG 2007, 677, 671 Rn. 30.

Maße, wird die Vermögenslage der Gesellschaft dadurch nicht verschlechtert. Insofern kann durch die Rückzahlung keine Insolvenz verursacht oder vertieft werden. Im Ergebnis liegt bei der Rückzahlung des Drittdarlehens keine sittenwidrige Schädigung vor, so dass die Veranlassung der Untergesellschaft zur Rückzahlung des Drittdarlehens durch den beherrschenden Gesellschafter (Obergesellschaft) keinen existenzvernichtenden Eingriff darstellen kann.

II. Besicherung eines Kredits an eine Enkelgesellschaft durch die Muttergesellschaft

1. Das Rechtsverhältnis zwischen Mutter- und Enkelgesellschaft

Um die Anwendung des neuen Eigenkapitalersatzrechts zu umgehen, könnte zwischen der Ober- und Untergesellschaft eine weitere Konzerngesellschaft (also die Tochtergesellschaft) geschaltet werden, damit das direkte Beteiligungsverhältnis zwischen Ober- (Muttergesellschaft) und Untergesellschaft (Enkelgesellschaft) beseitigt werden kann, ohne dass die Muttergesellschaft wegen der Sicherheitenbestellung zugunsten der Enkelgesellschaft sanktioniert würde.²⁸ Bei der Diskussion über die Anwendbarkeit des alten Eigenkapitalersatzrechts auf den hier genannten Fall wurde von der Rechtsprechung²⁹ und Literatur³⁰ allgemein anerkannt, dass die besichernde (Groß)Muttergesellschaft sowie auch die die Enkelgesellschaft unmittelbar beherrschende Gesellschaft (Tochtergesellschaft) haften. Nun bestehen die Bestimmungen des alten Eigenkapitalersatzrechts zwar nicht mehr, sie werden aber weitgehend in das Insolvenzrecht übernommen und gelten somit für alle Insolvenzfälle. Hierbei stellt sich dann die Frage, ob sie weiterhin auf den Fall der Kreditsicherung durch die Muttergesellschaft für Kredite an die Enkelgesellschaft Anwendung finden.

Maßgeblich für die Begründung ist, dass dabei ein Zurechnungsverhältnis zwischen der Mutter- und Enkelgesellschaft besteht.³¹ Auch der BGH geht davon aus, dass das herrschende Unternehmen mittelbarer Gesellschafter der Enkelgesellschaft sei.³² Die

²⁸ Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, S. 87.

²⁹ BGHZ 81, 311, 315 f. „Sonnenring“; 81, 365, 368; BGH ZIP 1983, 1448, 1449; BGHZ 105, 168 „HSW“ = GmbHR 1989, 19.

³⁰ Jedoch mit unterschiedlicher Begründung, vgl. Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, S. 245; Kühbacher, Darlehen an Konzernunternehmen, S. 88 f.; Hommelhoff, WM 1984, 1105, 1116; Noack, GmbHR 1996, 153, 154 f., jeweils m.w.N.

³¹ K. Schmidt, GesR., § 37 IV 3a.

³² Dazu s. BGHZ 81, 311, 317 „Helaba-Sonnenring“.

mittelbare Gesellschafterstellung lässt sich durch die gesetzlichen Regelungen betreffend den gesellschaftsrechtlich vermittelten beherrschenden Einfluss mittelbar beteiligter Unternehmen begründen.³³ Außerdem werden der Muttergesellschaft die Anteile der Tochter- an die Enkelgesellschaft nach § 16 Abs. 4 AktG zugerechnet, wodurch die mittelbare Gesellschafterstellung der Mutter gerechtfertigt werden kann.³⁴ Nach der Gesetzesbegründung des MoMiG sind auch diejenigen Gläubiger, die einem Gesellschafter bei wertender Betrachtung gleich gestellt werden können, als Gesellschafter anzusehen,³⁵ wobei auch verbundene Unternehmen nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung darunter fallen.³⁶ Im Ergebnis gilt die Neuregelung wie bisher auch für die Kreditsicherung durch die Muttergesellschaft zugunsten der Enkelgesellschaft, so dass die Muttergesellschaft in diesem Fall wie ein unmittelbarer Gesellschafter der Enkelgesellschaft auftritt. Es fragt sich dann weiter, wie das Rechtsverhältnis zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft sowie das zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ist.

2. Das Verhältnis zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft

a) Beim Bestehen eines Beherrschungsvertrags zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft

Wie im Fall, in dem zwischen der Mutter- und Enkelgesellschaft ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen wird, sind die Neuregelungen der Gesellschafterleistung beim Bestehen eines Beherrschungsvertrags zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft weniger von Bedeutung, da eine Insolvenz der Enkelgesellschaft während der Dauer des Beherrschungsvertrags durch den Verlustausgleich der Tochtergesellschaft im Regelfall ausgeschlossen ist.³⁷ Insofern kann sich nichts durch die Rückzahlung des durch die Muttergesellschaft besichernden Drittdarlehens ändern, gleichgültig, ob die Mutter- oder Tochtergesellschaft dazu Einflussnahme auf die Enkelgesellschaft ausübt. Im Ergebnis gelten dabei nur die konzernrechtlichen Regelungen (§§ 302, 303 AktG).

b) Ohne Beherrschungsvertrag zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft

³³ Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, S. 97.

³⁴ Vgl. Cahn, Kapitalerhaltung im Konzern, S. 98 m.w.N.

³⁵ RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 57.

³⁶ Desch, in: Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, § 8 Rn. 34.

³⁷ Emmrich/Habersack, Konzernrecht, § 20 V., S. 278, 282 m.w.N.

Da die Rückzahlung eines durch die Muttergesellschaft besichernden Drittdarlehens keine nachteilige Maßnahme seitens der Enkelgesellschaft darstellt, ist dabei kein Raum für die Anwendung der Regelungen des faktischen Konzerns (§§ 311, 317 AktG so wie das Treuegebot im GmbH-Konzern), wenn kein Beherrschungsvertrag zwischen der Tochter- und Enkelgesellschaft besteht. Insofern könnten lediglich die Neuregelungen des Eigenkapitalersatzrechts gelten. Davon werden Leistungen aller Gesellschafter umfasst, gleichgültig ob durch unmittelbare oder mittelbare Gesellschafter. Allerdings sind die Adressaten nur diejenigen Gesellschafter, die an die Gesellschaft geleistet haben. Für diejenigen Gesellschafter, die nichts an die Gesellschaft geleistet haben, finden dagegen die Neuregelungen keine Anwendung, auch wenn sie mit einer Mehrheit an der Gesellschaft beteiligt sind, da bei dem neuen Eigenkapitalersatzrecht nicht von der Finanzierungsverantwortung gesprochen wird. Im Ergebnis kommt eine Haftung der Tochtergesellschaft aufgrund der Rückzahlung des durch die Muttergesellschaft besichernden Drittdarlehens nicht in Betracht.

3. Das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft

Da die Tochtergesellschaft in diesem Zusammenhang nicht wegen der Rückzahlung des Drittdarlehens von der Enkelgesellschaft in Anspruch genommen werden kann, besteht hierbei keine Schädigung seitens der Tochtergesellschaft, so dass ihr kein Ausgleich bzw. keine Kompensation durch die Muttergesellschaft zusteht.

§ 12. Besicherung eines Kredits an eine Tochtergesellschaft durch eine andere Schwestergesellschaft – *Sidestream-Besicherung*

Von einer Sidestream-Besicherung³⁸ spricht man, wenn die Kreditaufnahme eines Konzernunternehmens durch ein Schwesterunternehmen besichert wird.³⁹ Zur Erörterung der Rechtsverhältnisse zwischen den beteiligten Konzernunternehmen bei dieser Konstellation stellt sich zunächst die Frage, inwiefern der Begriff des Gleichordnungskonzerns dabei eine Rolle spielen kann.

I. Die horizontale Unternehmensverbindung im Allgemeinen

1. Der Begriff des Gleichordnungskonzerns

Nach § 18 Abs. 2 AktG bilden zwei oder mehrere rechtlich selbstständige Unternehmen einen Gleichordnungskonzern, wenn sie unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind, ohne dass ein Abhängigkeitsverhältnis besteht. Da das Gesetz in diesem Fall nicht auf eine Vermutung abstellt, muss die hier genannte „einheitliche Leitung“ in vollem Umfang nachgewiesen werden.⁴⁰ Nach im Schrifttum vielfach vertretener Meinung kann ein Gleichordnungskonzern durch einen schuldrechtlichen Vertrag i.S.d. §§ 705 ff. BGB, eine Personalunion der Verwaltungsorgane, die Gründung eines gemeinsamen Verwaltungsrats oder regelmäßige Abstimmung zwischen den verantwortlichen Unternehmensleitern begründet werden.⁴¹

Streitig ist allerdings, ob innerhalb eines Unterordnungskonzerns zugleich ein Gleichordnungskonzern zwischen nebeneinander stehenden Schwestergesellschaften angenommen werden kann. Dies wird von der herrschenden Lehre verneint.⁴² Demzufolge entsteht dann kein Gleichordnungs-, sondern ein Unterordnungskonzern, wenn die einheitliche Leitung in einer rechtlich selbstständigen Holdings- oder Zentralgesellschaft zusammengefasst wird, wobei diese nach dem funktionalen konzernrechtlichen Unternehmensbegriff zum (herrschenden) Unternehmen wird.⁴³ Insofern sind Gleichordnungskonzerne von den Unterordnungskonzernen abzugrenzen. Eine andere Meinung geht jedoch davon aus, dass auch bei dem Vorhandensein eines mehrere Unternehmen beherrschenden Unternehmens das

³⁸ S. Merkel, in: Konzernfinanzierung § 17 Rn. 17.28; auch Cross stream, s. Kühbacher, Konzerndarlehen, S. 97.

³⁹ Merkel, in: Konzernfinanzierung § 17, Rn. 17.28.

⁴⁰ Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., 2006, § 56, Rn. 1.

⁴¹ Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 56, Rn. 1; K. Schmidt, GesR., § 31 II 3 c)bb).

⁴² Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 56, Rn. 5 m.w.N.

⁴³ Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 56, Rn. 3.

Gleichordnungsverhältnis nach § 18 Abs. 2 AktG zwischen den abhängigen Unternehmen nicht ausgeschlossen werden kann.⁴⁴ Folgt man dieser Meinung, ist die Bezeichnung eines Konzerngebildes insgesamt als „Unterordnungskonzern“ oder als „Gleichordnungskonzern“ dann nicht anzunehmen.⁴⁵

2. Sidestream-Besicherung in der horizontalen Unternehmensverbindung

a) Rechtsbehandlung im Gleichordnungskonzern

Die gesetzliche Regelung des Gleichordnungskonzerns beschränkt sich auf die Begriffsbestimmung der §§ 18 II, 291 II AktG. Es fehlt dabei an gesetzlichen Regelungen über die Rechtsbeziehung zwischen den gleichgeordneten Gesellschaften. Auch die in Praxis und Lehre vorherrschende Auffassung vernachlässigt die wichtige Frage, welche Rechts- und Zuordnungsbeziehungen unter Konzernschwestern bestehen.⁴⁶ Ohne Zustimmung der Aktionäre bzw. Gesellschafter mit der jeweils erforderlichen Mehrheit ist der Gleichordnungskonzern unzulässig.⁴⁷ Werden dabei nachteilige Weisungen erteilt, so müssen ebenso wie in faktischen Unterordnungskonzernen die damit verbundenen Nachteile und Schäden ausgeglichen werden.⁴⁸ Dabei ist zu beachten, dass die Rechtsgrundlagen je nach der Rechtsform der Gesellschaft unterschiedlich sind. Während die mitgliedschaftliche Treuepflicht als allgemeiner Grundsatz gilt, ist bei Aktiengesellschaften auch an eine Analogie zu den §§ 311 und 317 AktG zu denken.⁴⁹

Bedenklich ist hierbei, ob die Regelungen des Vertragskonzerns von §§ 302, 303 AktG eventuell auch im Fall des Gleichordnungskonzerns anwendbar sind. Wie oben erwähnt, kann ein Gleichordnungskonzern nur vorliegen, wenn die beteiligten Unternehmen voneinander nicht abhängig sind (§ 18 Abs. 2 AktG). Dies kann beim Bestehen eines Beherrschungsvertrags nicht geschehen, so dass es keinen Raum für die direkte Anwendung der Vorschriften über den Vertragskonzern auf einen Gleichordnungskonzern gibt. Von Rechtsprechung und Lehre vielfach anerkannt war eine Verlustausgleichspflicht der beteiligten Unternehmen analog den §§ 302 und 303 AktG in dem Fall, in dem die Stärke der zentralisierten Konzernleitung der

⁴⁴ S. Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 4 IV 2, S. 60; K. Schmidt, GesR., § 31 II 3 c)bb), S. 945; ders., ZHR 155 (1991), 417, 433.

⁴⁵ K. Schmidt, GesR., § 31 II 3 c)bb), S. 945, § 39 IV 3, S. 1241.

⁴⁶ K. Schmidt, GesR., § 31 II 3 c)bb), S. 945.

⁴⁷ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 4 IV 3, 4, S. 60 f. m.w.N.

⁴⁸ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 4 IV 4, S. 61.

⁴⁹ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 4 IV 4, S. 61. a.A. geht nur von einer Verlustausgleichspflicht aus, s. vor allem K. Schmidt, GesR., § 39 IV 3, S. 1240 f.; ders., ZHR 155 (1991), 417 432 f.

Rechtslage beim qualifizierten faktischen Unterordnungskonzern entspricht.⁵⁰ Allerdings wurden die Grundsätze des qualifizierten faktischen Konzerns, wie oben schon erwähnt, durch die Regeln der existenzvernichtenden Eingriffe ersetzt. Insofern soll man künftig auf die analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG auf den qualifizierten faktischen Gleichordnungskonzern verzichten und die Anwendbarkeit der Regeln über die Existenzvernichtungshaftung im konkreten Fall überprüfen.

b) Probleme der Sidestream-Besicherung in der horizontalen Unternehmensverbindung

Hinsichtlich der Sachverhalte der vorliegenden Arbeit kann die Kreditsicherung zugunsten einer Schwestergesellschaft durch oder ohne Veranlassung der gemeinsamen Konzernmutter oder sogar ohne Bestehen einer Konzernmutter geschehen. Nach der herrschenden Meinung handelt es sich bei der Kreditsicherung durch eine Konzerngesellschaft zugunsten ihrer Schwestergesellschaft, wo eine Muttergesellschaft über den beiden Schwestergesellschaften besteht, um einen Unterordnungskonzern. Denn das deutsche Konzernrecht erfasst gar nicht „den Konzern“ als Unternehmensgruppe in toto, sondern es befasst sich mit den Konzernrechtsverhältnissen unter rechtsfähigen Einzelgesellschaften.⁵¹ Deshalb sind die Rechtsfolgen auch dann in den jeweiligen Rechtsverhältnissen zwischen den gemischten Konzerngesellschaften zu untersuchen, wobei es sich dann jeweils um eine Upstream-, Downstream- und Sidestream-Leistung in engerem Sinne handeln kann. Insofern gilt nichts anderes auch bei der Gegenmeinung.⁵² Fraglich ist allerdings, wie die Rechtsbeziehung zwischen den beteiligten Schwestergesellschaften bezüglich der Sidestream-Besicherung zu behandeln ist. Während die Gegenmeinung auf diesen Fall die Grundsätze des Gleichordnungskonzerns für anwendbar hält, schließt die herrschende Meinung aus, innerhalb eines Unterordnungskonzerns zugleich einen Gleichordnungskonzern zwischen nebeneinander stehenden Schwestergesellschaften anzunehmen.⁵³ Die Frage, welche Rechts- und Zuordnungsbeziehungen unter Konzernschwestern bestehen, wird aber von der herrschenden Meinung vernachlässigt⁵⁴ und bedarf weiterer Untersuchung.

⁵⁰ S. vor allem Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 4 IV 4, S. 61 m.w.N.; auch Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 56, Rn. 13; K. Schmidt, ZHR 155 (1991), 417, 439 ff.

⁵¹ K. Schmidt, GesR., § 17 III 3, S. 504.

⁵² Vgl. K. Schmidt, GesR., § 39 IV 3, S. 1241, § 39 IV 4, S. 1242. A.A. spricht für eine allgemeine Erstattungspflicht im gleichgeordneten Konzern, vgl. Maier-Reimer, in: Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16 Rn. 16.48 m.w.N.

⁵³ Vgl. Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 56, Rn. 5 m.w.N.

⁵⁴ K. Schmidt, GesR., § 31 II 3 c)bb), S. 945.

II. Das Verhältnis zwischen Mutter und besichernder Tochter

Anders als bei der Upstream-Besicherung werden die Sicherheiten bei der Sidestream-Besicherung nicht für Kredite an die Muttergesellschaft, sondern für solche an eine Schwestergesellschaft bestellt. Dabei wird die Muttergesellschaft nicht direkt begünstigt. Da die beiden Gesellschaften in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, ist das Rechtsverhältnis zwischen ihnen in erster Linie nach konzernrechtlichen Regelungen zu prüfen. Die Anwendung der konzernrechtlichen Regelungen setzt, wie oben erörtert, nicht eine unmittelbare oder mittelbare Begünstigung⁵⁵ der Obergesellschaft voraus. Vielmehr genügt eine Weisung bzw. Veranlassung der Obergesellschaft, die zur nachteiligen Maßnahme der Untergesellschaft führt. Dies ist bei der Sidestream-Besicherung im Rahmen der Konzernfinanzierung häufig der Fall. Wurde die Sicherheitenbestellung durch Veranlassung der Muttergesellschaft vorgenommen, hat die Muttergesellschaft dann gegenüber der besichernden Tochtergesellschaft im Rahmen der konzernrechtlichen Regelungen wie bei typischer Upstream-Besicherung zu haften.

Außerdem könnten auch die gesellschaftsrechtlichen Regeln auf die Rechtsbeziehung zwischen der Mutter- und der besichernden Tochtergesellschaft Anwendung finden. Vor allem kann das Problem, dass die Sicherheitenbestellung einer Kapitalgesellschaft die Kapitalerhaltungsvorschriften verletzt, auftauchen und zwar immer dann, wenn Obergesellschaft und begünstigte Schwestergesellschaft als eine wirtschaftliche Einheit zu betrachten sind, was typischerweise der Fall ist.⁵⁶ Wie bei den konzernrechtlichen Regelungen ist das Erlangen einer bestimmten Leistung aus der Untergesellschaft für die Anwendung von § 117 AktG nicht erforderlich, sondern die Einflussnahme der Obergesellschaft auf die Untergesellschaft zum schädigenden Handeln. Dies ist bei der Sidestream-Besicherung stets der Fall. Dasselbe soll auch für die Existenzvernichtungshaftung gelten. Ferner ist für die Anwendung der Grundsätze der Kapitalerhaltung sowie der Treuepflichtsverletzung der Erwerb einer Ausschüttung bzw. von Sondervorteilen zwar erforderlich, die Empfänger der Ausschüttung bzw. Sondervorteile beschränken sich jedoch nicht auf die Aktionäre bzw. die Gesellschafter. Ein ihnen nahestehender Dritter⁵⁷ kann auch als Empfänger

⁵⁵ A.A. stellt auf den Vorteil ab, s. Meister, WM 1980, 400.

⁵⁶ Horn, Bürgschaft, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2012, Rn. 124 m.w.N.

⁵⁷ Für AG, K. Schmidt, GesR., § 29 II 2 m.w.N.; Hüffer, AktG, § 57 Rn. 15; BGH WM 1957, 61; Barz, GrossKommAktG, § 57 Rn. 4 aE; Hefermehl/Bungeroth, AktG, § 57 Rn. 27; Döllerer, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlage, 1990, S. 46 ff., 108 f. Für GmbH s. Winter, ZHR 148 (1984), 579, 590. Für Treuepflichtverletzung, Emmerich, in: Scholz-GmbHG, § 13 Rn. 38; Winter, Scholz-GmbHG, § 14 Rn. 55 ff.; K. Schmidt, GesR., § 21 II 3 b.

der Leistung angesehen werden, dazu zählt auch ein verbundenes Unternehmen.⁵⁸ Demzufolge sind bei der Kreditsicherung durch eine Schwestergesellschaft die Grundsätze der Kapitalerhaltung auch auf das Verhältnis zwischen der Mutter- und der besichernden Tochtergesellschaft anwendbar.⁵⁹ Schließlich ist die Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Regeln bei der Sidestream-Besicherung im Verhältnis zwischen der Mutter- und der besichernden Tochtergesellschaft nichts anderes als bei typischer Upstream-Besicherung.

III. Das Verhältnis zwischen Mutter und begünstigter Tochter

1. Qualifizierung der Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter als Gesellschafterleistung i.S.d neuen Rechts der Gesellschafterleistungen

Im Fall der Kreditsicherung durch eine Schwestergesellschaft hat die Muttergesellschaft zwar nicht direkt an die begünstigte Tochtergesellschaft geleistet, könnte aber gegenüber der begünstigten Tochtergesellschaft haften, falls dabei ein Verhältnis wie die typische Downstream-Besicherung bestünde. Wie oben dargelegt, haftet der Gesellschafter (Muttergesellschaft) gegenüber der begünstigten (Tochter-)Gesellschaft wegen der Rechtshandlung der Gesellschaft i.S.d. § 135 Abs. 2 InsO n.F., die sich dabei auf die Befreiung des sichernden Gesellschafters bezieht, wobei es sich um ein Gesellschaftergeschäft zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter handelt. Auch die Rückzahlung des Drittdarlehens soll in diesem Zusammenhang gemäß § 135 Abs. 2 InsO der Anfechtung unterliegen. Im Gesetz ausdrücklich geregelt ist zwar nur die Besicherung eines Drittdarlehens durch den unmittelbaren Gesellschafter (§§ 44a, 143 InsO), es beschränken sich die Normadressaten des neuen Rechts der Gesellschafterleistung jedoch nicht nur auf die unmittelbaren Gesellschafter. Zu denjenigen, die einem Gesellschafter gleichzustellen sind, zählen auch die verbundenen Unternehmen, so dass auch die Besicherung eines Drittdarlehens durch eine Schwestergesellschaft von den Neuregelungen erfasst werden soll. Fraglich ist nur, ob neben der besichernden Schwestergesellschaft auch die Muttergesellschaft nach dem neuen Recht der Gesellschafterleistung gegenüber der begünstigten Tochtergesellschaft haftet.

⁵⁸ Für AG, s. Bayer MünchKommAktG, § 57 Rn. 73; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaftsrecht, S. 217 m.w.N.; für GmbH, zur mittelbaren Auszahlung an den Gesellschafter vgl. BGH NJW 1996, 589, 590; s. auch Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Anh. § 318, Rn. 42.

⁵⁹ Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 74, § 62 Rn. 14, 21 f.; vgl. auch Maier-Reimer, in Lutter/Scheffler/U.H. Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, § 16 Rn. 16.45.

2. Gegenstände des neuen Rechts der Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter

Gegenstand des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen bzw. -leistung sind sämtliche Forderungen eines Gesellschafters. Bei Erfüllung der Tatbestände sind solche Forderungen im Insolvenzverfahren der Gesellschaft nachrangig (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) und die Rückzahlungen auf solche Forderungen anfechtbar (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Wurden die Rückzahlungen von dem Insolvenzverwalter angefochten, muss der Gesellschafter das Erhaltene wieder zur Insolvenzmasse erstatten (§ 143 Abs. 1 InsO). Trotzdem können die eigentlichen Forderungen des Gesellschafters wiederum an der Insolvenzmasse angemeldet werden, allerdings sind sie gegenüber den Forderungen anderer Gläubiger der Gesellschaft nachrangig (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Insofern ist davon auszugehen, dass sich der Gesellschafter zur Erstattung verpflichtet, weil seine Forderung gegen die Gesellschaft gegenüber anderen Gläubigern nachrangig ist.

Im Fall der Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter kann der besichernde Gesellschafter einerseits z.B. nach § 670 BGB Ersatz seiner Aufwendung gegen die Gesellschaft verlangen, oder die Forderung aus dem Drittdarlehen geht an ihn über (§§ 774 Abs. 1 S. 1, 1225, 1143 BGB), wenn die Kreditsicherung von dem Gläubiger aus dem Drittdarlehen in Anspruch genommen wird (Regressanspruch des Sicherungsgebers). Insofern kann der Gesellschafter diesen Regressanspruch entsprechend § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als nachrangiger Gläubiger geltend machen. Da die Verpflichtung zur Erstattung gem. § 143 Abs. 3 InsO der gem. § 143 Abs. 1 InsO entspricht, kann der Gesellschafter seinen Anspruch auch als nachrangiger Gläubiger an der Insolvenzmasse melden, wenn er nach § 143 Abs. 3 InsO die dem Dritten gewährte Leistung zur Insolvenzmasse erstattet hat. Demzufolge kommt man zum Ergebnis, dass sich das neue Recht der Gesellschafterdarlehen bzw. -besicherung in erster Linie nicht auf die Erstattungspflicht des Gesellschafters, sondern auf die Nachrangigkeit der Forderung des Gesellschafters bezieht, gleichgültig, ob sie aus einem Darlehen oder aus einer Kreditsicherung erfolgt.

3. Verpflichtung der Mutter bei der Sidestream-Besicherung?

Da im neuen Recht der Gesellschafterleistung nun nicht mehr von der

Finanzierungsverantwortung gesprochen wird, ist für die Ermittlung der Normadressaten nicht nur auf den mit Mehrheit beteiligten Gesellschafter, sondern auch auf den leistenden Gesellschafter abzustellen. Jedoch hat bei der Sidestream-Besicherung nicht die Muttergesellschaft, sondern eine andere Tochtergesellschaft an die darlehensnehmende Tochtergesellschaft geleistet, wobei der Muttergesellschaft keine Forderung gegenüber der darlehensnehmenden Tochtergesellschaft zusteht. Da sich das neue Recht der Gesellschafterleistung, wie gerade oben erörtert, einerseits auf die Nachrangigkeit der Forderung aus der Leistung des Gesellschafters an die Gesellschaft bezieht, es andererseits nunmehr nicht auf den Grundsätzen der Kapitalerhaltung basiert, kann die Muttergesellschaft bei der Sidestream-Besicherung nicht vom neuen Recht der Gesellschafterleistung erfasst werden. Sie haftet auch nicht nach dem Konzernrecht, weil die Rückzahlung, wie bei der Erörterung über die typische Downstream-Besicherung dargelegt, keine nachteilige Maßnahme i.S.d. §§ 311, 317 AktG darstellt.

Solche Sicherheitenbestellungen sind meistens von der Muttergesellschaft veranlasst, diese braucht jedoch nach der oben geschilderten Folgerung nicht dafür zu haften. Dagegen wird die besichernde Tochtergesellschaft von dem neuen Recht der Gesellschafterleistung als Normadressat erfasst, nur weil sie ein verbundenes Unternehmen der Muttergesellschaft ist und auch deswegen zu eigener Belastung Sicherheiten zugunsten einer anderen Schwestergesellschaft bestellt. Einerseits basiert die Zurechnungstheorie auf der Finanzierungsverantwortung und bezieht sich auch auf die leistenden Dritten als Normadressaten;⁶⁰ andererseits kommt es bei der Ermittlung der Normadressaten mit der Abschaffung der Erfordernis vom eigenkapitalersetzenden Charakter nicht auf die Finanzverantwortung der Gesellschafter an. Insoweit findet das neue Recht der Gesellschafterleistung bei Sidestream-Besicherung nicht auf das Verhältnis zwischen der Mutter- und der begünstigten Tochtergesellschaft Anwendung und dadurch entsteht eine Regelungslücke, die durch Rechtsprechung und Literatur geschlossen werden soll.

IV. Die Rechtsverhältnisse zwischen beteiligten Schwestergesellschaften

Das Rechtsverhältnis zwischen beteiligten Schwestergesellschaften ist wegen des Streits über die Möglichkeit des Zusammentreffens von Unter- und Gleichordnungskonzern besonders problematisch, insbesondere wenn dabei eine

⁶⁰ K. Schmidt, GesR., § 37 IV 3a.

gemeinsame Muttergesellschaft besteht.

1. Ohne Bestehen einer gemeinsamen Muttergesellschaft

Unstreitig ist, dass es in diesem Fall um einen typischen Gleichordnungskonzern geht. Wie oben erörtert, haftet die durch die Kreditsicherung begünstigte Schwestergesellschaft gegenüber der sicherungsgebenden Schwestergesellschaft in erster Linie analog den Regeln des faktischen Konzerns. Folgt man der Auffassung des BGH, soll die analoge Anwendung der Grundsätze des qualifizierten faktischen Konzerns auf den Gleichordnungskonzern aufgegeben werden, auch wenn die Ausübung der einheitlichen Leitung die Merkmale des qualifizierten faktischen Konzerns erfüllt. Stattdessen sollen die Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung darauf Anwendung finden. Insofern ist das Rechtsverhältnis zwischen den beteiligten Gesellschaften, abgesehen von dem im Vertragskonzern, wie das bei der Upstream-Besicherung im Vertragskonzern, wobei die begünstigte Schwestergesellschaft wie eine Muttergesellschaft zu behandeln ist.

2. Beim Bestehen einer gemeinsamen Muttergesellschaft

a) Meinungsstand

Die Beurteilung der Rechtsbeziehung zwischen den beteiligten Untergesellschaften beim Bestehen einer gemeinsamen Muttergesellschaft hängt davon ab, ob die Untergesellschaften in diesem Fall eine Gleichordnung bilden. Wie oben erwähnt, schließt die herrschende Meinung aus, innerhalb eines Unterordnungskonzerns zugleich einen Gleichordnungskonzern zwischen nebeneinander bestehenden Schwestergesellschaften anzunehmen. Folgt man dieser Meinung, bilden die Untergesellschaften beim Bestehen einer gemeinsamen Muttergesellschaft dann keinen Gleichordnungskonzern, da hinsichtlich der Verbundenheit mit der Muttergesellschaft ein Unterordnungskonzern besteht. Außerdem kann zwischen den Untergesellschaften auch kein Unterordnungskonzern gebildet werden, da es an Abhängigkeit fehlt, sonst würden alle Gesellschaften einen mehrstufigen Unterordnungskonzern bilden. Im Ergebnis ist dabei kein Raum für die Anwendung der konzernrechtlichen Regeln, bzw. §§ 311, 317 AktG, auf die gleichgeordneten Gesellschaften unter einer gemeinsamen Muttergesellschaft. Hingegen geht die Gegenmeinung davon aus, dass auch beim Bestehen einer gemeinsamen Muttergesellschaft die untergeordneten Gesellschaften einen Gleichordnungskonzern

bilden, wobei die Rechtsbehandlung im Schrifttum nicht übereinstimmt.⁶¹

b) Stellungnahme

Wie oben erörtert, geht es bei Sidestream-Besicherung um die Haftung der begünstigten Schwestergesellschaft gegenüber der leistenden Schwestergesellschaft. In dem Fall, in dem die Leistung einer Untergesellschaft an eine andere Untergesellschaft durch eine gemeinsame Muttergesellschaft veranlasst wird, ist jedoch nicht nur das Interesse der leistenden, sondern auch das der begünstigten Untergesellschaft abzuwägen. Einerseits könnte die Leistung zum Schutz der leistenden Untergesellschaft eine nachteilige Maßnahme bzw. verbotene Auszahlung⁶² darstellen. Andererseits könnte die Leistung zum Schutz der begünstigten Untergesellschaft eine Gesellschafterleistung darstellen,⁶³ so dass sich die leistende Untergesellschaft bei Erfüllung der jeweiligen Tatbestände der begünstigten Untergesellschaft gegenüber zur Erstattung verpflichtet. Es lässt sich nicht damit begründen, dass die leistende Untergesellschaft schutzwürdiger als die begünstigte Untergesellschaft ist. Außerdem ist das durch das Recht des qualifizierten faktischen Konzerns begründete Zustandshaftungsmodell, wie schon erwähnt, nach dem „Trihotel“-Urteil durch ein Verhaltenshaftungsmodell ersetzt worden. Wird das Fehlverhalten der Konzernspitze den Untergesellschaften im Verhältnis zueinander zugerechnet, wird diese vom Schutzsubjekt der Haftung zum Haftungssubjekt. Zutreffend ist dabei, dass die Rechtsbeziehung zwischen den beiden Untergesellschaften aus Sicht der jeweiligen Untergesellschaft je nach den Schutzregelungen zu ermitteln ist, wobei zum Schutz der besichernden Untergesellschaft eine Upstream-Besicherung und zum Schutz der begünstigten Untergesellschaft eine Downstream-Besicherung bestehen kann.

c) Rechtsbeziehung zwischen den Schwestergesellschaften bei Sidestream-Besicherung

aa) Zum Schutz der besichernden Untergesellschaft

Bezüglich des Konzernverhältnisses mit der begünstigten Schwestergesellschaft könnte sich die besichernde Untergesellschaft auf die konzernrechtlichen Regelungen

⁶¹ S. oben I. 2a.

⁶² K. Schmidt, GesR., § 39 IV 1 c, S. 1239.

⁶³ K. Schmidt, GesR., § 39 IV 1 c, S. 1239.

berufen. Gegenstand der konzernrechtlichen Regelungen ist der Schutz der abhängigen Gesellschaft, ihrer Minderheitsgesellschafter und ihrer Gläubiger vor den schädigenden Einflussnahmen des beherrschenden Unternehmens. Da die begünstigte Untergesellschaft gegenüber der besichernden Schwestergesellschaft keine Gesellschafterstellung besetzt und damit keine Einflussmöglichkeit auf die besichernde Gesellschaft hat, sollen die konzernrechtlichen Regelungen, vor allem §§ 311, 317 AktG, auf die Rechtsbeziehung zwischen den besichernden und begünstigten Gesellschaften im Prinzip keine Anwendung finden. Dies soll auch für die Anwendung des mitgliedschaftlichen Treuegebots, an das die Regeln des GmbH-Konzerns anknüpfen, gelten. Die besichernde Untergesellschaft kann die begünstigte Schwestergesellschaft nicht aufgrund der Treuepflichtsverletzung in Anspruch nehmen, da eine derartige mitgliedschaftliche Pflicht aus der Gesellschafterstellung folgt, im Konzernverhältnis vor allem aus der aus einer maßgeblichen Beteiligung folgenden Möglichkeit, die Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen.⁶⁴ Eine Vorteilszuwendung ist sowohl für die Anwendung der aktienkonzernrechtlichen Regelungen als auch für die der GmbH-konzernrechtlichen Regeln nicht erforderlich.

Ferner kommen zum Schutz der besichernden Untergesellschaft gegenüber der begünstigten Schwestergesellschaft die Kapitalerhaltungsregelungen in Betracht. Nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung erfasst der Kapitalerhaltungsgrundsatz nicht nur Leistungen an das herrschende Unternehmen selbst, sondern auch an mit ihm verbundene Unternehmen.⁶⁵ Demzufolge könnte im vorliegenden Zusammenhang die Sicherheitenbestellung zugunsten einer Schwestergesellschaft als eine verbotene Auszahlung qualifiziert werden. Allerdings stellt sich hierbei die Frage, ob der Leistungsempfänger, also hier die begünstigte Schwestergesellschaft, nach dem Kapitalerhaltungsgrundsatz haften soll. Die Frage, ob auch Nichtgesellschafter wegen Verletzung der Kapitalerhaltungsgrundsätze zur Rückgewähr verpflichtet sein können, ist zwar umstritten.⁶⁶ Die Geltendmachung des Rückgewähranspruchs gegen einen Nichtgesellschafter ist aber unter besonderer Zurechnungsbeziehung zwischen dem Dritten und einem Gesellschafter – wie z.B. hier die Konzernverbindung – zu bejahen.⁶⁷ Im Ergebnis soll die begünstigte Schwestergesellschaft neben der Muttergesellschaft⁶⁸ nach den Kapitalerhaltungsregelungen haften.

⁶⁴ Vgl. Liebscher, GmbH-Konzernrecht, E., Rn. 334.

⁶⁵ Bayer, in: MünchKommAktG, § 57 Rn. 74, § 62 Rn. 14, 21 ff.; Döllerer, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlage, S. 46 ff., 108 f.; Habersack, ZGR 2008, 533, 537 f.; Liebscher, GmbH-Konzernrecht, E., Rn. 329 m.w.N.; K. Schmidt, GesR., § 29 II 2, S. 896, § 37, III 1e, S. 1136, § 39 IV 1 c, S. 1239.

⁶⁶ Ausführlich s. K. Schmidt, GesR., § 37, III 2e, S. 1142, Fn. 134.

⁶⁷ K. Schmidt, GesR., 4. Aufl., § 37, III 2e, S. 1142; a.A. s. vor allem Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 65.

⁶⁸ H.M. unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Einheit des Unternehmensverbunds, s. Bayer, in: MünchKommAktG, § 62 Rn. 22 f. m.w.N. Zur Haftung der Muttergesellschaft wegen Veranlassung der

Weniger problematisch ist bezüglich der Haftung der begünstigten Schwestergesellschaft die auf dem allgemeinen Deliktsrecht beruhende Vorschrift des § 117 AktG. Der begünstigten Schwestergesellschaft fehlt zwar die gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeit auf die besichernde Schwestergesellschaft, die Estere erlangt aber einen Vorteil durch die Kreditsicherung, so dass sie nach § 117 Abs. 3 AktG der besichernden Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet ist, sofern sie die Beeinflussung vorsätzlich veranlasst hat.⁶⁹ Dies ist der Fall, wenn eines ihrer Organmitglieder um die Handlung weiß und diese will.⁷⁰

Neben der Haftung nach § 117 AktG könnte aufgrund des allgemeinen Deliktsrechts gleichermaßen auch die Existenzvernichtung in Betracht kommen, da die beiden Rechtsinstitute, wie vorher erörtert, konkurrierend zur Anwendung kommen.⁷¹ Allerdings sind die Adressaten der Existenzvernichtungshaftung auf diejenigen Gesellschafter bzw. mittelbar beteiligten Gesellschafter beschränkt, die über einen beherrschenden Einfluss an einer zwischengeschalteten Gesellschaft verfügen.⁷² Denn eine Schwestergesellschaft hat keine mittelbare oder unmittelbare Beteiligung an einer anderen Schwestergesellschaft, so dass hierbei kein Raum für die Anwendung der Grundsätze der existenzvernichtenden Eingriffe ist.

bb) Zum Schutz der begünstigten Untergesellschaft

Wie oben erörtert, könnte ein verbundenes Unternehmen des Gesellschafters auch vom neuen Recht der Gesellschafterleistungen erfasst werden, falls es an die Gesellschaft geleistet hat. Dies gilt auch für die besichernde Untergesellschaft bei der Sidestream-Besicherung. Wurde seitens der begünstigten Untergesellschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet, hat die besichernde Tochter nach den Neuregelungen die durch sie bestellte Sicherheit verwerten zu lassen, falls die Forderung des Gläubigers bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht an den Gläubiger zurückgezahlt wird (§ 44a InsO). Nach der Verwertung der Sicherheit stehen der besichernden Untergesellschaft dann Regressansprüche gegen die Gesellschaft zu, diese Regressansprüche kann sie entsprechend § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als nachrangiger Gläubiger geltend machen. Wurde das Drittdarlehen im letzten Jahr vor Antrag auf

Leistung, s. Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 66; a.A. *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern, S. 40 f, 76 ff.

⁶⁹ Im Schrifttum ist z.B. von einer analogen Anwendung von § 117 Abs. 3 AktG ausgegangen, s. Eschenbruch, Konzernhaftung, 1996 Rz. 2104.

⁷⁰ Eschenbruch, Konzernhaftung, 1996 Rz. 2104.

⁷¹ *Hüffer*, AktG, § 1 Rn. 26a; § 117 Rn. 14.

⁷² BGH NJW 2007, 2689.

Eröffnung der Insolvenz an den Gläubiger zurückgezahlt, hat die besichernde Untergesellschaft die dem Gläubiger gewährte Rückzahlung zur Insolvenzmasse zu erstatten oder die Sicherheit der Insolvenzmasse zur Verfügung zu stellen (§ 143 Abs. 3 InsO).

V. Fazit

Nach der Einführung der Neuregelung der Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG haben sich die herkömmlichen Regelungen über die Kapitalerhaltung bzw. über das Recht der Gesellschafterleistung sehr geändert, davon auch die Rechtsbeziehungen zwischen den an der Sidestream-Besicherung beteiligten Konzerngesellschaften betroffen werden können, wobei die Ansprüche der jeweiligen Gesellschaft je nach den einschlägigen Regelungen zu ermitteln sind. Während die begünstigte Untergesellschaft zum Schutz ihrer Gläubiger nur bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens schutzwürdig ist, könnte das Interesse der besichernden Untergesellschaft durch die Sicherheitenbestellung schon geschädigt werden und damit eines gesetzlichen Schutzes bedürfen. Deshalb sind bei der Sidestream-Besicherung zunächst die Ansprüche der besichernden Untergesellschaft zu prüfen.

Die Rechtsstellung der Obergesellschaft bei Sidestream-Besicherung gegenüber der besichernden Untergesellschaft ist, wie oben erörtert, analog der typischen Upstream-Besicherung, wobei sich die Obergesellschaft gegenüber der besichernden Untergesellschaft je nach den einschlägigen Regelungen im Konzern- bzw. Gesellschaftsrecht zum Schadensersatz bzw. zur Rückgewähr der verbotenen Auszahlung verpflichtet. Da die Sicherheitenbestellung durch die besichernde Untergesellschaft bei dezentraler Konzernfinanzierung im Regelfall durch die Obergesellschaft veranlasst wird, verpflichtet sich die Obergesellschaft zum Schadensersatz bzw. zur Rückgewähr der Auszahlung gegenüber der besichernden Untergesellschaft nach den einschlägigen konzernrechtlichen sowie gesellschaftsrechtlichen Regeln, wenn zwischen beiden Gesellschaften kein Beherrschungsvertrag besteht.

Gegenüber der besichernden Untergesellschaft haftet die begünstigte Schwestergesellschaft neben der Muttergesellschaft, allerdings lediglich nach den Kapitalerhaltungsregelungen und dem mitgliedschaftlichen Treuegebot. Solche Ansprüche sind weniger von Bedeutung. Sie entstehen im vorliegenden Sachverhalt

nur dann, wenn die Sicherheit verwehrt wird, gleichgültig ob in Bezug auf die Verpflichtung zur Rückgewähr der verbotenen Auszahlung oder zum Schadensersatz wegen Treuepflichtsverletzung. In diesem Fall ist die begünstigte Schwestergesellschaft normalerweise zahlungsunfähig. Damit kommt die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens seitens der begünstigten Schwestergesellschaft in Betracht, so dass die besichernde Untergesellschaft die oben genannten Ansprüche einschließlich des Regressanspruchs nur entsprechend § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als nachrangiger Gläubiger geltend machen kann.

§ 13 Patronatserklärungen

I. Patronatserklärungen in der Praxis

1. Die Gründe für die Abgabe und Akzeptanz von Patronatserklärungen

In der Praxis der Konzernfinanzierung kann die Obergesellschaft die Bestellung banküblicher Sicherheiten für Drittdarlehen an ihre Tochtergesellschaften vermeiden. Denn diese engen den eigenen Kreditspielraum ein, etwa mit den daraus resultierenden Belastungen und der Pflicht zum Bilanzvermerk bzw. zum Ausweis im Geschäftsbericht nach §§ 251, 268 Abs. 7, 285 Nr. 3 HGB.⁷³ Darüber hinaus kann die Bestellung solcher Sicherheiten nicht erfolgen, weil sie unter den Genehmigungsvorbehalten der Geschäftsleitung oder u.U. sogar der Gesellschafterversammlung steht.⁷⁴ Zur Vermeidung dieser Nachteile werden die Patronatserklärungen häufig in der Praxis der Konzernfinanzierung durch Fremdkapital verwendet. Insbesondere genießt die Verwendung von Patronatserklärungen beim multinationalen Konzern Beliebtheit, da die Tochtergesellschaft im Ausland damit die erforderlichen Kreditmittel beschaffen kann, ohne dass die Finanzlage der Konzernmutter durch die außensteuerrechtlichen bzw. devisenrechtlichen Nachteile aus den klassischen Sicherheiten belastet wird.⁷⁵

Für die kreditgebende Bank sind die Patronatserklärungen als Kreditsicherheiten jedoch weniger attraktiv. Denn der Sammelbegriff „Patronatserklärung“ ist eine juristische Neuschöpfung. Es bedarf einer eingehenden Analyse, ob sie im Einzelfall zur Besicherung des Kredits tauglich sind.⁷⁶ Allerdings ist es für die Banken schon von Bedeutung, wenn die Konzernmutter gewährleistet, dass sie ihre Beteiligung an der kreditnehmenden Tochter und ihre Vermögenssubstanz beizubehalten vermag.⁷⁷ Außerdem wollen die Banken beim Wettbewerb um Großkunden ihre Kreditkonditionen durch das Hinnehmen von Patronatserklärungen statt klassischer Sicherheiten attraktiver machen. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um national

⁷³ Vgl. Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 7; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 441 m.w.N.; Horn, in: Staudinger-BGB, 13. Bearb., 1997, vor § 765 Rn. 406.

⁷⁴ Vgl. Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 443; Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 406.

⁷⁵ Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 406 m.w.N. von Michalski WM 1994, 1229, 1230 ff.; vgl. auch Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 442 f. m.w.N.

⁷⁶ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 441.

⁷⁷ Vgl. Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 441. Der konkrete Wert der Patronatserklärung für die Gläubiger der Tochtergesellschaft bemisst sich allerdings nach der Verbindlichkeit der Erklärung sowie nach dem Erklärungsempfänger, s. Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 4.

oder international bekannte Unternehmen handelt, wobei eine höhere Wahrscheinlichkeit der Rückzahlung der Kredite zu erwarten ist.⁷⁸

2. Der Begriff der Patronatserklärung

Patronatserklärungen sind im Einzelfall unterschiedlich formuliert, jedoch mit der einen Gemeinsamkeit, dass ein Verhalten der Muttergesellschaft in Aussicht gestellt oder versprochen wird, welches die Aussichten auf Rückzahlung des Kredits verbessert.⁷⁹ Dabei stehen alle „zur Förderung der Kreditwürdigkeit“ nützlichen Maßnahmen oder Unterlassungen der Muttergesellschaft im Mittelpunkt.⁸⁰ Der Erklärungsempfänger ist im Einzelfall unterschiedlich⁸¹. Die Erklärungen werden typischerweise gegenüber den Tochtergläubigern gegeben (sog. externe Patronatserklärung). In der Praxis kommt es auch vor, dass die Patronatserklärungen nur gegenüber der zu unterstützenden Konzerntochter abgegeben werden, wobei eine Mitteilung der Muttergesellschaft an die kreditgebende Bank erforderlich ist.⁸² Eine an die Öffentlichkeit abgegebene Patronatserklärung, die rechtlich als ein auf Abschluss eines Patronatsvertrags gerichtetes Angebot betrachtet werden kann,⁸³ kommt zum Teil auch in Betracht⁸⁴. Ob dabei eine Rechtsbindung seitens der Muttergesellschaft begründet wird, bedarf einer weiteren Untersuchung.⁸⁵

Man gliedert die Patronatserklärungen nach der Art des Rechtsbindungswillens der Patronin in „harte“ und „weiche“ Erklärungen⁸⁶, je nachdem, ob aus der Erklärung bestimmte Ansprüche hergeleitet werden können oder sie lediglich einen

⁷⁸ Michalski, WM 1994, 1229, 1232.

⁷⁹ Vgl. Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 4; Staudinger, in: MünchKommBGB, 3. Aufl., 1997, vor § 765 Rn. 44; Horn, in: Staudinger-BGB, § 765 Rn. 118; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, 8. Aufl., 2000, Rn. 441; Merkel, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 8; Michalski, WM 1994, 1229.

⁸⁰ Vgl. Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 405.

⁸¹ Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 407; Michalski, WM 1994, 1229, 1230.

⁸² Auch das Bestehen von internen Patronatserklärungen kann die Entscheidung eines Kreditinstituts, an eine Tochtergesellschaft der Patronin einen Kredit zu vergeben, beeinflussen, s. Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. § 98 16; Andernfalls stellt eine isolierte Erklärung gegenüber der Tochtergesellschaft keine Patronatserklärung dar, vgl. Michalski, WM 1994, 1229, 1230 m. Fn. 16.

⁸³ Für den Antrag gegenüber der Tochtergläubiger, vgl. weiter Habersack, ZIP 1996, 257, 259 ff.; für das Angebot gegenüber der Tochtergesellschaft, vgl. Pesch, WM 1998, 1610 ff.

⁸⁴ Solche Erklärungen stehen normalerweise in Geschäftsbericht der Muttergesellschaft, dazu vgl. Habersack, ZIP 1996, 257, 259 ff.; Pesch, WM 1998, 1609 ff.; Uwe. H. Schneider, ZIP 1989, 619 ff.

⁸⁵ Für Verneinung der Erklärung nur gegenüber der Tochtergesellschaft als Patronatserklärung, vgl. Michalski, WM 1994, 1229, 1230 m.w.N. Für Verneinung der Rechtswirkung der Erklärung an die Öffentlichkeit, vgl. Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 407.

⁸⁶ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 8; Michalski, WM 1994, 1229, 1230; Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 407.

Hoffnungswert⁸⁷ verkörpert. Harte Patronatserklärungen sind als Kreditsicherheit bewertbar, während weiche Patronatserklärungen nur bedingt bewertbar sind.⁸⁸ Maßgebend dafür ist, ob die Erklärung die Konzernmutter rechtlich verbindet.⁸⁹ Zur Unterscheidung der einzelnen Erklärungen bedarf es allerdings im konkreten Fall näherer Untersuchung.

II. Die weichen Patronatserklärungen

1. Die Bedeutung und die Rechtsnatur von weichen Patronatserklärungen

Mit „weichen“ Patronatserklärungen stellt die Muttergesellschaft eine bestimmte Geschäfts- oder Beteiligungspolitik in Aussicht, jedenfalls ohne Rechtsbindungswillen,⁹⁰ so dass die Erklärungen über keinen rechtsgeschäftlichen Charakter verfügen.⁹¹ Sie sind auch ohne Sicherheitenwert im engeren Sinne⁹² und können deshalb nicht bewertet werden. Eine weiche Patronatserklärung ist im Zweifel gegeben, wenn der Patron und der Erklärungsempfänger davon ausgehen, dass dabei eine Bilanzvermerkpflcht vermieden werden soll.⁹³

2. Die praxisüblichen Formulierungen der weichen Patronatserklärungen

In der Praxis besteht eine Vielzahl unterschiedlich formulierter Patronatserklärungen. Nach der oben geschilderten Ausführung sind solche Erklärungen als weiche Patronatserklärungen zu betrachten, aus denen kein Rechtsbindungswille festgestellt bzw. keine Bilanzvermerkpflcht ausgelöst werden kann. Dazu gehören hauptsächlich folgende drei Fallgruppen:⁹⁴

a) Rechtlich unverbindliche Erklärungen ohne Haftungsfolge:

Einige Patronatserklärungen sind nicht bewertbar, weil mit ihnen die Muttergesellschaft lediglich eine Tatsache bestätigt. Dazu zählen folgende

⁸⁷ Michalski, WM 1994, 1229, 1230.

⁸⁸ Vgl. Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 17.

⁸⁹ Vgl. Haberack, in: MünchKomm-BGB, vor § 765 Rn. 44.

⁹⁰ Michalski, WM 1994, 1229, 1230 m.w.N.

⁹¹ Haberack, in: MünchKomm-BGB, vor § 765 Rn. 44.

⁹² Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 36.

⁹³ Vgl. OLG Karlsruhe ZIP 1992, 1394.

⁹⁴ Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 37 m.w.N.

Formulierungen:

- 1) „Wir haben von der Kreditaufnahme durch unsere Tochtergesellschaft Kenntnis genommen.“⁹⁵
- 2) „Wir sind mit der Kreditaufnahme unserer Tochtergesellschaft einverstanden.“⁹⁶
- 3) „Wir haben Verbindlichkeiten unserer Tochtergesellschaft mit Rücksicht auf unser Ansehen stets so betrachtet wie eigene Verbindlichkeiten.“⁹⁷

b) Auskunftsvertrag:

- 1) „Wir haben volles Vertrauen in die kaufmännische und fachliche Kompetenz der Geschäftsleitung unserer Tochtergesellschaft.“⁹⁸
- 2) „Es entspricht unserer Geschäftspolitik, die Bonität unserer Tochter aufrechtzuerhalten.“⁹⁹

c) Übernahme von Handlungs- oder Unterlassungspflichten:

- 1) „Wir werden unseren Einfluss geltend machen, damit unsere Tochtergesellschaft ihren Kreditverbindlichkeiten nachkommt.“¹⁰⁰
- 2) „Wir werden unsere Tochtergesellschaft nicht in einer Weise aushöhlen, dass sie nicht mehr in der Lage ist, ihren Verpflichtungen nachzukommen.“¹⁰¹

d) Erklärung über die Aufrechterhaltung der Beteiligung:

⁹⁵ Vgl. Haberack, in: MünchKomm-BGB, vor § 765 Rn. 44; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 445; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, § 98 Rn. 37.

⁹⁶ Vgl. Haberack, in: MünchKomm-BGB, vor § 765 Rn. 44; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 445; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 37.

⁹⁷ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 445; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 37; Obermüller ZGR 75, 1, 16; Michalski, WM 1994, 1229, 1230 m.w.N.

⁹⁸ Vgl. Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 36.

⁹⁹ Fleischer, WM 1999, 666, 672; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 453, S. 398; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 41; Obermüller, ZGR 1975, 1, 4.

¹⁰⁰ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 456, S. 400.

¹⁰¹ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 459; Obermüller, ZGR 1975, 1, 3.

Hierbei handelt es sich um eine weitere Variante der Patronatserklärung, die in der Praxis bei Banken häufig als ownership-maintenance-Erklärung bezeichnet wird. Die Verpflichtungen des Patrons sind je nach der Formulierung der Erklärung unterschiedlich:

- 1) Die Muttergesellschaft ist zur Unterlassung bestimmter Maßnahmen verpflichtet, wenn sie eine Erklärung abgegeben hat, die so formuliert wird: „Wir werden unsere derzeitige Beteiligung an unserer Tochtergesellschaft während der Kreditlaufzeit beibehalten.“¹⁰²
- 2) Eine andere Variante der Erklärung über die Aufrechterhaltung der Beteiligung wird so formuliert: „Wir beabsichtigen nicht, die Beteiligung an unserer Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kredits wesentlich zu reduzieren oder aufzugeben. Sollten wir entgegen dem bisher Gesagten eine Aufgabe oder wesentliche Reduzierung unserer Beteiligung in Erwägung ziehen, werden wir uns rechtzeitig mit Ihnen in Verbindung setzen, um eine zufriedenstellende Lösung zu finden.“¹⁰³
- 3) Hierunter fällt auch eine besondere Kategorie auf das Konzernverhältnis durch einen Unternehmensvertrag, die üblicherweise so formuliert wird: „Wir verpflichten uns, den mit unserer Tochtergesellschaft abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag während der Kreditlaufzeit nicht zu ändern, aufzuheben oder zu kündigen.“¹⁰⁴

3. Der Verpflichtungsinhalt des Patrons bei den weichen Patronatserklärungen und die Rechtsfolgen

a) Keine Verpflichtung des Patrons bei den rechtlich unverbindlichen Erklärungen ohne Haftungsfolge:

Bei diesen Patronatserklärungen handelt es sich entweder lediglich um die Bestätigung einer Tatsache, ein rechtlich nicht erforderliches Einverständnis oder um eine moralische Verbindlichkeit. Hierbei fehlt es an einem rechtsgeschäftlichen Bindungswillen und deshalb wird keine rechtliche Verpflichtung seitens der Patronin begründet. Das Kreditinstitut kann weder die Muttergesellschaft beanspruchen, für die Verbindlichkeit ihrer Tochter einzustehen, noch Schadensersatz verlangen, da durch

¹⁰² Fleischcher, WM 1999, 666, 675; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 460.

¹⁰³ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 461; Obermüller, ZGR 1975, 1, 3.

¹⁰⁴ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 462, S. 407.

solche Erklärungen kein Auskunftsvertrag begründet wird. Außerdem kann er sich nicht auf eine allgemeine Vertrauenshaftung des Patrons berufen.¹⁰⁵

b) Auskunftspflicht:

aa) Inhalt der Auskunftspflicht

Wie oben erwähnt, handelt es sich dann um einen Auskunftsvertrag, wenn die Muttergesellschaft gegenüber dem Kreditinstitut erklärt, dass sie volles Vertrauen in die Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft hat oder dass die Aufrechterhaltung der Bonität der Tochtergesellschaft ihrer Geschäftspolitik entspricht.

1) Richtigkeit und Vollständigkeit der gegenwärtigen Auskunft: Mit den beiden Erklärungen verpflichtet sich die Muttergesellschaft, dem Kreditinstitut richtige und vollständige Auskunft sorgfältig und gewissenhaft zu erteilen.¹⁰⁶ Die erste Erklärung beinhaltet eine Auskunft über den bisherigen Zustand, also das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft,¹⁰⁷ während es sich bei der letzteren um eine Auskunft der Mutter über die gegenwärtigen Grundzüge der Finanzpolitik zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft handelt.¹⁰⁸

2) Die Berichtigungspflicht bei nachträglicher Änderung: Aus dem Auskunftsvertrag hat die Muttergesellschaft zwar für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskunft einzustehen, verpflichtet sich jedoch nicht zum Beibehalten der bisherigen Beteiligung an der Tochter¹⁰⁹ bzw. nicht zur Aufrechterhaltung der Bonität der Tochter.¹¹⁰ Allerdings haben solche Auskünfte auch Auswirkungen auf die Zukunft. Weil sie für das Kreditinstitut einen Grund der Kreditgewährung darstellt und die Muttergesellschaft die Möglichkeit hat, dafür zu sorgen, dass die Auskunft auch in Zukunft richtig bleibt, ist eine Einstandspflicht der Muttergesellschaft für die Richtigkeit der Auskunft auch in Zukunft vertretbar.¹¹¹ Daraus ergibt sich eine

¹⁰⁵ Begründung dafür vgl. Haberack, in: MünchKomm-BGB, vor § 765 Rn. 49 m.w.N.; a.A. spricht für eine Vertrauensschadenshaftung, OLG Düsseldorf GmbHR 2003, 178; vgl. auch Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 41.

¹⁰⁶ Vgl. Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 447 S. 395, Rn. 454 S. 399; Obermüller, ZGR 1975, 1, 6, jeweils m.w.N.

¹⁰⁷ Obermüller, ZGR 1975, 1, 4, 20.

¹⁰⁸ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 454, S. 399; Obermüller, ZGR 75, 1, 20.

¹⁰⁹ Obermüller, ZGR 1975, 1, 24.

¹¹⁰ Vgl. Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 454, S. 399; a.A. hält eine vertragliche Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Bonität für richtig, deren Ausfall jedoch nur zum Schadensersatz führen kann, vgl. Obermüller, ZGR 1975, 1, 20 ff.

¹¹¹ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 43 m.w.N.;

Berichtspflicht der Muttergesellschaft gegenüber dem Kreditinstitut, sofern sich das Vertrauensverhältnis zwischen ihr und der Tochter oder ihre Finanzierungspolitik nachträglich ändert.¹¹² Demzufolge hat die Patronin das Kreditinstitut in Kenntnis zu setzen, wenn die Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft ihr Vertrauen verliert oder wenn ihre Kontrolltätigkeit eingestellt oder eingeschränkt wird,¹¹³ sei es wegen Unregelmäßigkeiten oder schwerwiegender unternehmerischer Fehlentscheidungen der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft¹¹⁴ oder bei der Verschlechterung der Bonität der Tochter. Dies soll dazu dienen, dass der Kreditgeber darauf gegebenenfalls mit einer Kündigung des gewährten Kredits aus wichtigem Grund reagieren kann.¹¹⁵

bb) Rechtsfolge bei Pflichtverletzung

Die Muttergesellschaft verletzt ihre Verpflichtung aus dem Auskunftsvertrag, wenn sie von Anfang an vorsätzlich oder fahrlässig eine unvollständige oder unrichtige Auskunft erteilt¹¹⁶, sei es, dass ihr bereits Verfehlungen der Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer bekannt geworden sind oder Anlass besteht, solche Verfehlungen zu befürchten,¹¹⁷ oder sie hatte schon bei Abgabe der Patronatserklärung beabsichtigt, keinen Einfluss mehr auf die weitere Entwicklung der Tochtergesellschaft auszuüben und auch in Zukunft nichts mehr in die Tochtergesellschaft zu investieren.¹¹⁸ Darüber hinaus wird die Verpflichtung auch verletzt, wenn die Muttergesellschaft ihre Geschäftspolitik nachträglich ändert¹¹⁹ und es unterlässt, dem Kreditinstitut den Eintritt veränderter Umstände anzuzeigen.¹²⁰ Da das Kreditinstitut nur im Vertrauen auf die Auskunft den Kredit gewährt hat, ist es vor einem Schaden durch Falschauskunft zu schützen,¹²¹ so dass dem Kreditinstitut ein Schadensersatzanspruch bei Verletzung des Auskunftsvertrages zusteht.¹²²

Hat das Kreditinstitut im Vertrauen auf die anfängliche Falschauskunft einen Kredit an die Tochtergesellschaft vergeben oder bei nachträglicher Änderung der Auskunft keine Gelegenheit gehabt, rechtzeitig darauf zu reagieren, steht ihm ein Anspruch auf

Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 454, S. 399; Obermüller, ZGR 1975, 1, 20 f.

¹¹² Fleischcher, WM 1999, 666, 673. Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 454, S. 399 m.w.N.

¹¹³ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 447, S. 395; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 40.

¹¹⁴ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 447, S. 395.

¹¹⁵ Fleischcher, WM 1999, 666, 673 m.w.N.

¹¹⁶ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 449, S. 396, Rn. 455 S. 400; Obermüller, ZGR 1975, 1, 6 f.

¹¹⁷ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 447, S. 395; Obermüller, ZGR 75, 1, 6.

¹¹⁸ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 455 S. 400.

¹¹⁹ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 455 S. 400 m.w.N.; Obermüller, ZGR 75, 1, 23.

¹²⁰ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 450, S. 396 und Rn. 455 S. 400.

¹²¹ Vgl. Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 449, S. 396.

¹²² Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 449, S. 396 und Rn. 455 S. 400; Obermüller, ZGR 1975, 1, 6, 23 m.w.N.

den dadurch entstehenden Schaden gegenüber der Muttergesellschaft zu. Theoretisch kann der Schaden alle Beträge, die die Tochter schuldig geblieben ist, also neben dem ausfallenden Betrag der Kreditrückzahlung auch die Zinsen, Provisionen und sonstigen Nebenforderungen umfassen.¹²³ Allerdings setzt dies voraus, dass das Kreditinstitut die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schadenseintritt beweisen kann. Erteilt die Muttergesellschaft anfänglich unrichtige oder unvollständige Auskunft, muss das Kreditinstitut noch beweisen, dass es den Kredit bei Erhalten einer richtigen Auskunft nicht gewährt hätte.¹²⁴ Unterlässt es die Muttergesellschaft, dem Kreditinstitut den Eintritt veränderter Umstände anzuzeigen, muss das Kreditinstitut beweisen, dass bei pflichtgemäßem Verhalten der Schaden nicht eingetreten wäre. Sei es dadurch, dass bei rechtzeitiger Berichtigung durch die Muttergesellschaft ausreichend Sicherheit verlangt worden wäre oder andernfalls eine Kreditkündigung erfolgt und die Tochtergesellschaft dann noch zu einer Rückzahlung in der Lage gewesen wäre.¹²⁵ Im Einzelfall wirft die Beweispflicht der Kausalverknüpfung von Pflichtverletzung und Schaden sowie des Verschuldens in der Prozessdurchführung erhebliche Probleme auf,¹²⁶ so dass die Schadensersatzprozesse nur eine geringe Aussicht auf Erfolg bieten.¹²⁷

Zu beachten ist, dass neben dieser vertraglichen Haftung auch ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB eintritt, wenn dabei eine vorsätzliche Schädigung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorliegt,¹²⁸ etwa bei Erteilung einer wissentlich falschen Auskunft gegenüber dem Kreditinstitut.¹²⁹

c) Übernahme von Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten

aa) Die Handlungspflicht der Patronin

Bei anderen Varianten von Patronatserklärungen wird angenommen, dass die Muttergesellschaft zwar keine Einstandspflicht für die Verbindlichkeit der Tochtergesellschaft hat, sich jedoch je nach dem Inhalt zu Handlung bzw.

¹²³ Obermüller, ZGR 1975, 1, 6 f., 24 f.

¹²⁴ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 450, S. 396.

¹²⁵ Lwowski, a Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 450, S. 396; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 40.

¹²⁶ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 450, S. 396; Obermüller, ZIP 82, 915, 916 ff. Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 40.

¹²⁷ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 450, S. 396.

¹²⁸ Merkel/Tetzlaff, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 40; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 450, S. 396; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 37; Obermüller, ZGR 1975, 1, 6 f. jeweils m.w.N.

¹²⁹ Obermüller, ZGR 1975, 1, 7.

Unterlassung verpflichtet. Hierzu zählen insbesondere auch die sog. Managementklauseln, nach denen sich die Muttergesellschaft gegenüber der Bank zu einem gewissen Maß an Kontrolle und Einflussnahme bei der Tochtergesellschaft verpflichtet, um so die Kreditrückzahlung zu sichern.¹³⁰

Erklärt die Muttergesellschaft, dass sie zur Erfüllung der Kreditrückzahlungspflicht ihren Einfluss auf die Tochtergesellschaft geltend macht, verpflichtet die Erklärung sie zu einer Einwirkungspflicht.¹³¹ Dies bezieht sich auf alle Finanzangelegenheiten,¹³² die sich auf die Abwicklung des Kreditgeschäfts auswirken können. Damit hat die Muttergesellschaft sich in regelmäßigen Abständen über die von der Tochter erbrachten Tilgungsleistungen zu unterrichten¹³³. Außerdem muss sie quartals- oder monatsweise Auskünfte über die Liquidität der Tochter, die Inanspruchnahme anderweitiger Kreditlinien und ihre kurz-, mittel- und langfristige Finanz- und Investitionsplanung einholen¹³⁴. Ausnahmsweise kann man auch eine Verpflichtung der Konzernmutter zur Vorgabe gewisser Strukturregeln¹³⁵ ableiten, um dadurch die finanzielle Handlungsfähigkeit der Tochter sicherzustellen.¹³⁶ In wirtschaftlichen Krisenzeiten nimmt die Pflicht zum Finanzcontrolling an Intensität zu¹³⁷ und muss mit besonderer Sorgfalt durchgeführt werden.¹³⁸

Allerdings setzen alle genannten Pflichten voraus, dass sie gesellschafts- bzw. konzernrechtlich durchsetzbar sind.¹³⁹ Sie sind deshalb je nach der Konzernart und der Rechtsnatur der Tochtergesellschaft aus den Kompetenzen der Muttergesellschaft abzuleiten. Danach hat die Konzernmutter zuerst durch die von ihr gewählten Mitglieder des Aufsichtsrats oder die von ihr bestellten Geschäftsführer die Geschäftsleitung der Tochter zu überwachen, ob die Erfüllung der Pflichten aus dem Kreditvertrag im Rahmen ihrer Überwachungspflicht aus § 111 Abs. 1 AktG bzw. 52 GmbHG, 111 AktG oder ihrer Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung (§§ 93 AktG, 43 GmbHG) beachtet wird.¹⁴⁰ Jedoch braucht die Muttergesellschaft dem Kreditgeber keine Vorzugsstellung vor anderen Gläubigern zu verschaffen.¹⁴¹

¹³⁰ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 42.

¹³¹ Vgl. Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 44; Fleischscher, WM 1999, 666, 674 f.; Merkel, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrecht Handbuch, § 98 Rn. 42.

¹³² Vgl. Fleischscher, WM 1999, 666, 673.

¹³³ Fleischscher, WM 1999, 666, 673.

¹³⁴ Fleischscher, WM 1999, 666, 673.

¹³⁵ Fleischscher, WM 1999, 666, 673.

¹³⁶ Z.B. Über horizontale und vertikale Bilanzstrukturen, Verhältnis der Investitionen zum Brutto-Cash-flow, vgl. Fleischscher, WM 1999, 666, 673.

¹³⁷ Fleischscher, WM 1999, 666, 673 m.w.N.

¹³⁸ Fleischscher, WM 1999, 666, 673 m.w.N.

¹³⁹ Vgl. Fleischscher, WM 1999, 666, 673.

¹⁴⁰ Fleischscher, WM 1999, 666, 673. Obermüller, ZGR 1975, 1, 17 f.

¹⁴¹ Fleischscher, WM 1999, 666, 673 m.w.N.; Obermüller, ZGR 1975, 1, 17.

bb) Die Unterlassungspflicht der Patronin

Hat die Muttergesellschaft in der Patronatserklärung zum Ausdruck gebracht, dass sie die Tochter finanziell nicht aushöhlen wird, wird dem Kreditinstitut ein Anspruch auf Unterlassung eingeräumt.¹⁴² Danach hat die Muttergesellschaft eine Gewinnausschüttung aus der Konzerntochter zu unterlassen, wenn diese Ausschüttung dazu führt, dass die Tochtergesellschaft der Rückführung des Kredits an die Bank nicht nachkommen kann.¹⁴³ Dies setzt voraus, dass die Tochtergesellschaft einen Gewinn erwirtschaftet.¹⁴⁴ Mit diesem Anspruch wird das Kreditinstitut lediglich vor den künftigen weiteren Beeinträchtigungen durch den Mittelabzug von der Konzernmutter geschützt.¹⁴⁵ Ein Anspruch auf unterstützende Maßnahmen zugunsten der Tochtergesellschaft liegt nicht vor.¹⁴⁶

Mit dem Unterlassungsanspruch kann das Kreditinstitut z.B. verlangen, dass die Muttergesellschaft die geplante Ausschüttung eines von der Tochtergesellschaft erwirtschafteten Gewinns ganz oder teilweise unterlässt.¹⁴⁷ Die praktische Bedeutung dieses Anspruchs ist jedoch gering. Zuerst sind die Voraussetzungen, unter denen das Kreditinstitut seinen Unterlassungsanspruch geltend machen kann, wegen der anfänglich nicht übersehbaren Auswirkung der Gewinnausschüttung schwer festzustellen.¹⁴⁸ Zweitens kann eine gerichtliche Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs infolge des zeitraubenden Verfahrens die Gewinnausschüttung häufig nicht rechtzeitig verhindern.¹⁴⁹ In diesem Fall kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB seitens des Kreditinstituts in Betracht.¹⁵⁰

cc) Die Rechtsfolge der Pflichtverletzung

Hat die Muttergesellschaft ihre Überwachungs- bzw. Einwirkungspflicht aus der Patronatserklärung verletzt, steht dem Kreditinstitut ihr gegenüber ein Anspruch auf Schadensersatz zu.¹⁵¹ Dieser ist dann gegeben, wenn die Muttergesellschaft die von

¹⁴² Obermüller, ZGR 1975, 1, 9.

¹⁴³ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 459, S. 403; Obermüller, ZGR 1975, 1, 9.

¹⁴⁴ Obermüller, ZGR 1975, 1, 9.

¹⁴⁵ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 459, S. 403.

¹⁴⁶ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 459, S. 403.

¹⁴⁷ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 459, S. 404; Obermüller, ZGR 75, 1, 9.

¹⁴⁸ Obermüller, ZGR 1975, 1, 10.

¹⁴⁹ Obermüller, ZGR 1975, 1, 10.

¹⁵⁰ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 459, S. 404; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 43 Fn. 4; Obermüller ZGR 75, 1, 11; Beispiele bei Lwowski Rn. 459.

¹⁵¹ Vgl. Fleischscher, WM 1999, 666, 673 m.w.N.

ihr gewählten Aufsichtsratsmitglieder oder die von ihr bestellten Geschäftsführer nicht zu einer ordnungsmäßigen Überwachung der Geschäftsleitung der Tochter im Zusammenhang mit dem Kreditgeschäft anhält.¹⁵² Eine Ersatzpflicht der Muttergesellschaft kommt auch dann in Betracht, wenn die Muttergesellschaft von ihrer sonstigen gesellschafts- bzw. konzernrechtlichen Kontrollmöglichkeit bezüglich der Abwicklung des Kreditgeschäfts nicht Gebrauch macht. Allerdings setzt dieser Anspruch voraus, dass die Pflichtverletzung adäquat kausal für den Eintritt des Schadens des Kreditinstituts war,¹⁵³ also der Mangel der Überwachung bzw. der Einwirkung der Konzernmutter als objektiv zur Herbeiführung des Schadens des Kreditinstituts geeignet erschien und dieser Schaden nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag.¹⁵⁴ Aber auch hier ist die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und dem Ausfall der Kreditrückzahlung schwer zu beweisen,¹⁵⁵ da die Ursache der Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft im Einzelfall oft unklar ist.¹⁵⁶

Auch bei der Patronatserklärung mit der Aushöhlungsverbotsklausel ist die Muttergesellschaft wegen Pflichtverletzung nach § 280 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Tochtergesellschaft aufgrund der Gewinnentnahme durch die Muttergesellschaft die Mittel zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten aus dem Kreditvertrag fehlen.¹⁵⁷ Wie bei anderen Patronatserklärungen ergibt sich auch hier die Schwierigkeit bei dem Nachweis der erforderlichen Kausalität,¹⁵⁸ hat somit der Schadensersatzanspruch für das Kreditinstitut in der Praxis geringe Bedeutung.

d) Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Beteiligung an der Tochtergesellschaft

aa) Inhalt der Verpflichtung

Die Verpflichtung der Muttergesellschaft aus der Patronatserklärung mit dem Inhalt der Aufrechterhaltung der Beteiligung an der Tochtergesellschaft, also die sog. ownership-maintenance- Erklärung, ist je nach der Formulierung unterschiedlich zu bewerten. Erklärt die Muttergesellschaft, dass sie ihre derzeitige Beteiligung

¹⁵² Obermüller, ZGR 1975, 1, 18.

¹⁵³ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 452, S. 398 m.w.N. und Rn. 457; Obermüller, ZGR 1975, 1, 18 Fn. m. 62.

¹⁵⁴ Vgl. Obermüller, ZGR 1975, 1, 18 m.w.N.

¹⁵⁵ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 457 S. 402; Obermüller, ZGR 1975, 1, 19.

¹⁵⁶ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 457 S. 402.

¹⁵⁷ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 459, S. 404; Merkel, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 43 m. Fn. 4; Obermüller ZGR 75, 1, 10 f.

¹⁵⁸ Obermüller, ZGR 1975, 1, 10; Merkel, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 43; Obermüller ZGR 75, 1, 11.

beibehalten wird¹⁵⁹, besteht sodann ein Veräußerungsverbot seitens der Muttergesellschaft¹⁶⁰. Danach hat die Muttergesellschaft nicht nur die Veräußerung der Beteiligung, sondern auch sonstige veräußerungsgleiche Maßnahmen¹⁶¹ zu unterlassen. Dies bezieht sich auf alle wesentlichen Reduzierungen des Beteiligungsverhältnisses, die von einer Herabsetzung des Kapitals der Tochtergesellschaft (§§ 53, 58 GmbHG, §§ 222 ff. AktG) über die teilweise oder vollständige Veräußerung der Aktien bzw. Gesellschaftsanteile (§ 15 GmbHG) bis zu einer Kapitalerhöhung unter Aufnahme eines oder mehrerer Aktionäre bzw. Gesellschafter (§§ 182 ff. AktG, §§ 53, 55 GmbHG) reicht.¹⁶² Das Beteiligungsverhältnis ist im Regelfall dann als wesentlich reduziert anzusehen, wenn der Anteil nicht mehr 51 % erreicht.¹⁶³ Allerdings kann es in bestimmten Fällen dazu kommen, dass eine größere Mehrheit bzw. weitere Erfordernisse für die Einflussnahme der Muttergesellschaft notwendig sind, so dass dann dem Kreditinstitut schon bei geringer Reduzierung ein Anspruch auf Beibehaltung der Beteiligung zusteht.¹⁶⁴

Mit diesem Anspruch kann das Kreditinstitut jedoch weder eine finanzielle Unterstützung von der Muttergesellschaft verlangen¹⁶⁵ noch das Absinken ihres Beteiligungsverhältnisses wirkungsvoll verhindern.¹⁶⁶ Deshalb wird diese Art von Patronatserklärung in der Praxis häufig mit einer weiteren Vereinbarung zusammengefasst, wobei die Muttergesellschaft bei einer möglichen Änderung des Beteiligungsverhältnisses das Kreditinstitut darüber in Kenntnis setzen und in Verhandlungen über eine zufriedenstellende Lösung eintreten muss.¹⁶⁷ Danach verpflichtet sich die Muttergesellschaft zur notwendigen Benachrichtigung des Kreditinstituts und Vertragsverhandlungen mit ihm, indem sie solche Vorschläge zu unterbreiten hat, durch die eine gleichwertige Sicherung erreicht wird.¹⁶⁸ Z. B. übernimmt die Muttergesellschaft eine echte Kreditsicherheit, wie etwa eine Bürgschaft.¹⁶⁹ Allerdings hat in diesem Fall auch das Kreditinstitut auf die Erreichung

¹⁵⁹ Vgl. Fleischscher, WM 1999, 666, 675.

¹⁶⁰ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 46; Fleischscher, WM 1999, 666, 675 f.

¹⁶¹ Fleischscher, WM 1999, 666, 675.

¹⁶² Fleischscher, WM 1999, 666, 675; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 460, S. 405; Obermüller, ZGR 75, 1, 12.

¹⁶³ Obermüller, ZGR 75, 1, 12; vgl. auch Merkel, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 44.

¹⁶⁴ Z.B. im Fall einer Kapitalerhöhung wäre ein Absinken auf weniger als 75 % für das Kreditinstitut schon ungünstig, vgl. Obermüller, ZGR 75, 1, 13.

¹⁶⁵ Fleischscher, WM 1999, 666, 676 m.w.N.; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 460, S. 406.

¹⁶⁶ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 460, S. 406.

¹⁶⁷ Vgl. Obermüller, ZGR 75, 1, 3, 11 f.; Merkel, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 45.

¹⁶⁸ Obermüller, ZGR 1975, 1, 14.

¹⁶⁹ Obermüller, ZGR 1975, 1, 12.

des gemeinsamen Vertragszwecks hinzuwirken.¹⁷⁰ Es darf die Verhandlungen nicht ohne triftigen Grund abbrechen,¹⁷¹ insbesondere wenn die Muttergesellschaft eine ihrer Beteiligung objektiv als gleichwertig zu betrachtende Lösung angeboten hat.¹⁷² Ein triftiger Grund ist z.B. nicht gegeben, wenn das Kreditinstitut eine andere noch günstigere Sicherung erzielen wollte.¹⁷³

bb) Rechtsfolge der Pflichtverletzung

Verspricht die Muttergesellschaft lediglich, ihre Beteiligung aufrechtzuerhalten, verletzt sie dann ihre Verpflichtung aus der Patronatserklärung, wenn eine Änderung in den Verhältnissen ihrer Beteiligung in Erwägung gezogen wird.¹⁷⁴ Dem Kreditinstitut steht insoweit ein Anspruch auf Schadensersatz zu,¹⁷⁵ wenn ihm dadurch ein Schaden zugefügt wird.¹⁷⁶ Wie oben erwähnt, ist dieser Anspruch wegen der schwer zu beweisenden Kausalität zwischen der abredewidrigen Anteilsveräußerung und dem späteren Schadenseintritt¹⁷⁷ in der Praxis von geringerer Bedeutung.

Wird diese Patronatserklärung mit einer Zusatzerklärung ergänzt, durch die sich die Muttergesellschaft mit dem Kreditinstitut zur Verhandlung über eine Lösung bei Veränderung der Kapitalbeteiligung verpflichtet, liegt eine Pflichtverletzung dann vor, wenn sie die notwendige Benachrichtigung des Kreditinstituts versäumt oder nicht in Verhandlungen mit ihm eintritt.¹⁷⁸ Allerdings hat diese Zusatzerklärung auch nur einen geringen Sicherungswert. Denn im Streitfall lässt sich kaum ermitteln, wer das Scheitern der Vertragsverhandlungen verursacht hat.¹⁷⁹ Darüber hinaus kann eine Lösung nicht durch einen Rechtsprozess erreicht werden, wenn die Vertragsverhandlungen scheitern. Dies führt möglicherweise lediglich zu einem Schadensersatzanspruch, der wiederum äußerst schwierig durchzusetzen ist.¹⁸⁰

¹⁷⁰ Vgl. Obermüller, ZGR 75, 1, 13 f. m.w.N.

¹⁷¹ Obermüller, ZGR 75, 1, 14 m.w.N.

¹⁷² Obermüller, ZGR 75, 1, 14.

¹⁷³ Obermüller, ZGR 75, 1, 14.

¹⁷⁴ Obermüller, ZGR 75, 1, 12.

¹⁷⁵ Fleischcher, WM 1999, 666, 675; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, 8. Aufl., 2000, Rn. 460, jeweils m.w.N.

¹⁷⁶ Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 460.

¹⁷⁷ Fleischcher, WM 1999, 666, 676; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 45.

¹⁷⁸ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 46.

¹⁷⁹ Obermüller, ZGR 75, 1, 14.

¹⁸⁰ Obermüller, ZGR 75, 1, 14.

III. Die harten Patronatserklärungen

1. Die praktische Bedeutung und Formulierung der harten Patronatserklärungen

In der Bankpraxis ist es einerseits den Kreditinstituten gegen nachfragemächtige Industrieunternehmen bisher häufig nicht gelungen, Realsicherheiten durch die Muttergesellschaft für einen Kredit an die Tochtergesellschaft zu verlangen. Andererseits werden die weichen Patronatserklärungen wegen ihrer schwierigen Durchsetzbarkeit wiederum von dem Kreditinstitut nur ausnahmsweise als Sicherungsmittel akzeptiert. Im Ergebnis wird nicht selten kompromissweise eine harte Patronatserklärung von den Parteien vereinbart.¹⁸¹ Typischerweise wird die harte Patronatserklärung von der Konzernmutter so formuliert: „Wir verpflichten uns, dafür zu sorgen, dass unsere Tochtergesellschaft während der Laufzeit des Kredites in der Weise geleitet und finanziell ausgestattet wird, dass sie jederzeit in der Lage ist, ihre Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Kredit zu erfüllen.“¹⁸²

2. Die Rechtsnatur der harten Patronatserklärungen

a) Der rechtsgeschäftliche Charakter der harten Patronatserklärungen

Der rechtsgeschäftliche Charakter der harten Patronatserklärungen ist allgemein anerkannt.¹⁸³ Sie sind nicht, wie der Wortlaut vermuten ließe, einseitige Willenserklärungen, sondern kommen durch Vertrag zustande, wobei die Erklärung selbst einen Teil des Patronatsvertrags darstellt.¹⁸⁴ Der für die rechtliche Verbindlichkeit erforderliche Rechtsbindungswille kann schon aus dem Wortlaut der Erklärung ermittelt werden. Außerdem muss die Patronatserklärung nicht immer unmittelbar gegenüber dem Kreditinstitut als Begünstigte abgegeben werden. Ein Rechtsverhältnis zwischen der Muttergesellschaft und dem Kreditinstitut entsteht auch schon dann, wenn die kreditnehmende Tochter dem Kreditinstitut ein Schreiben

¹⁸¹ Schäfer, WM 1999, 153.

¹⁸² Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 9; Fleischcher, WM 1999, 666, 667; Habersack, in: MünchKommBGB, vor § 765 Rn. 44; Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, Rn. 464, S. 410; Obermüller, ZGR 1975, 1, 4.

¹⁸³ Vgl. Habersack, ZIP 1996, 257, 258 ff.; Kühler, MW 1978, 1338, 1341. Die Wirksamkeit der harten Patronatserklärung wurde kürzlich von dem Urteil LG München WM 1998, 1285 = ZIP 1998, 1956 = DB 1998, 1457 verneint, das jedoch inzwischen durch ein Versäumnisurteil des OLG München WM 1999, 686 aufgehoben ist und später durchgehend bejaht, BGH ZIP 1992, 338; OLG München, ZInsO 2004, 1040; OLG Schleswig ZInsO 2005, 939.; vgl. auch Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 9.

¹⁸⁴ Habersack, ZIP 1996, 257, 258.

ihrer Muttergesellschaft, in dem diese den Anforderungen einer harten Patronatserklärung nachkommt, aushändigt.¹⁸⁵ In diesem Fall kann die Konzernmutter die rechtliche Bindung nicht mehr einseitig beseitigen.

Darüber hinaus bedarf es zum Abschluss eines Vertrags noch einer mit der Patronatserklärung korrespondierenden Annahmeerklärung des Kreditinstituts als Erklärungsempfänger.¹⁸⁶ Da das Schuldverhältnis zwischen der Patronin und dem Kreditinstitut besteht, ist die Annahmeerklärung im Prinzip gegenüber der Patronin abzugeben. Da allerdings im praktischen Regelfall das Kreditinstitut ausschließlich mit der Tochtergesellschaft in Verhandlung tritt und sodann mit dieser einen Vertrag schließt, kann man davon ausgehen, dass die Tochtergesellschaft als Empfangsvertreter des Patrons anzusehen ist.¹⁸⁷ Trotzdem setzt das Vorliegen einer Annahmeerklärung voraus, dass das Kreditinstitut in Kenntnis der Patronatserklärung der Muttergesellschaft handelt und der Tochtergesellschaft gegenüber ausdrücklich auf die Patronatserklärung Bezug nimmt,¹⁸⁸ wobei dafür eine nach außen hervortretende unzweideutige Bestätigung des Annahmewillens nach § 151 Satz 1 BGB ausreicht.¹⁸⁹ Dies gilt nur bis zur Begründung der Forderung gegen die Tochtergesellschaft. Danach ist eine Annahme der Patronatserklärung nicht mehr möglich.¹⁹⁰ Der Rechtsnatur nach ist der Patronatsvertrag in diesem Fall, wie die Bürgschaft, ein einseitig verpflichtender Vertrag.¹⁹¹

b) Anspruch der Tochtergesellschaft aus der harten Patronatserklärung?

Da die harte Patronatserklärung die Liquiditätsausstattung der Tochtergesellschaft zum Inhalt hat, stellt sich die Frage, ob der Tochtergesellschaft ein Anspruch gegenüber der Muttergesellschaft zusteht. Dies ist gemäß § 328 Abs. 2 BGB „aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags“ zu ermitteln.¹⁹² Nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung handelt es sich dabei um einen unechten Vertrag

¹⁸⁵ Es geht dabei um interne Patronatserklärungen, s. Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 30 ff.; ausführliches zur Wirksamkeit der Patronatserklärungen an die Allgemeinheit vgl. Habersack, ZIP 1996, 257; Pesch, WM 1998, 1609 ff; U. H. Schneider, ZIP 1989, 619 ff.

¹⁸⁶ Vgl. Habersack, ZIP 1996, 257, 258.

¹⁸⁷ Eine entsprechende Empfangsvollmacht lässt sich der Patronatserklärung auf dem Wege der Auslegung ohne weiteres entnehmen, vgl. Habersack, ZIP 1996, 257, 263.

¹⁸⁸ Vgl. Habersack, ZIP 1996, 257, 263 m. Fn. 53.

¹⁸⁹ Habersack, ZIP 1996, 257, 263; Merkel, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 16 m.w.N.

¹⁹⁰ Habersack, ZIP 1996, 257, 263.

¹⁹¹ Habersack, ZIP 1996, 257, 258; Köhler, WM 1978, 1338, 1341; Michalski, WM 1994, 1229, 1232; Stecher, „Harte“ Patronatserklärungen – Rechtsdogmatische und praktische Probleme, 1978, S. 81.

¹⁹² Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 21; Habersack, ZIP 1996, 257, 258.

zugunsten Dritter.¹⁹³ Dies beruht auf der Analogie des § 329 BGB und entspricht der Funktion der Patronatserklärung als Sicherungsgeschäft, womit lediglich eine reflexartige Begünstigung der Tochtergesellschaft begründet wird. Im Ergebnis steht dieser kein eigenes Forderungsrecht gegen die Muttergesellschaft zu.¹⁹⁴

3. Die Haftung des Patrons

Die harten Patronatserklärungen haben bislang keine einheitliche Definition. Herkömmlicherweise werden sie von den weichen Patronatserklärungen dadurch unterschieden, dass sie nicht lediglich rechtlich unverbindliche bzw. moralisch verpflichtende good-will-Erklärungen, sondern eine rechtlich verbindliche vertragliche Verpflichtung des Patrons gegenüber einem Tochtergläubiger beinhalten.¹⁹⁵ Einerseits wird im Schrifttum z.T. hervorgehoben, auch weichen Patronatserklärungen von Fall zu Fall einen rechtlichen Bedeutungsgehalt beizumessen,¹⁹⁶ wie z.B. die oben erwähnten Patronatserklärungen mit Auskunft- sowie Handlungs- bzw. Unterlassungsklauseln. Andererseits wurde die Wirksamkeit der harten Patronatserklärungen z.T. bezweifelt.¹⁹⁷ Aus dem oben Erörterten ergibt sich, dass dem Kreditinstitut die Durchsetzung der vereinbarten Verpflichtung aus den weichen Patronatserklärungen durch rechtliche Verfahren nicht gelungen ist. Lassen sich die harten Patronatserklärungen durch rechtliches Verfahren vollstrecken, ist dann als Unterscheidungskriterium zwischen den weichen und harten Patronatserklärungen denkbar, dass die Verpflichtung aus der Erklärung voll bewertbar ist.¹⁹⁸ Dabei ist zuerst der Inhalt der Verpflichtung der Patronin festzustellen.

a) Ausstattungspflicht oder Einstandspflicht?

In der Praxis wird eine große Vielfalt von Formulierungen für die harten Patronatserklärungen verwendet. Der Inhalt deren Erfüllungsanspruchs ist aus der genauen Formulierung zu ermitteln. Allgemein anerkannt ist, dass sich die Muttergesellschaft dazu verpflichtet, die Tochtergesellschaft während der

¹⁹³ *Vertrag sui generis* zwischen Patronin und Gläubiger spricht, Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 13.

¹⁹⁴ Habersack, ZIP 1996, 257, 258; Michalski, WM 1994, 1229, 1238; Obermüller, ZGR 1975, 1, 9; ders., ZIP 1982, 915, 918.

¹⁹⁵ BGHZ 117, 127 = ZIP 1992, 338, s. Horn, in: Staudinger-BGB 13. Bearb., 1997, vor § 765 Rn. 407; vgl. auch Fleischcher, WM 1999, 666, 667.

¹⁹⁶ Fleischcher, WM 1999, 666, 667.

¹⁹⁷ Vgl. LG München WM 1998, 1285 = ZIP 1998, 1956 = DB 1998, 1457.

¹⁹⁸ Ebenso vgl. Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 20 ff..

Gesamtkreditlaufzeit mit ausreichender Liquidität auszustatten,¹⁹⁹ damit letztere in der Lage bleibt, jederzeit ihre Verbindlichkeiten aus dem Kredit erfüllen zu können.²⁰⁰ Es geht dabei also um eine präventive Verpflichtung, Verluste bei der Tochter erst gar nicht entstehen zu lassen.²⁰¹ Die Mutter ist verpflichtet, eine konkrete Gefährdung des Kreditvertrages etwa durch eine rechtzeitige Zuwendung von Finanzmitteln auszuschließen.²⁰² Zur Erfüllung ihrer Verpflichtung kann die Patronin darüber frei entscheiden, auf welche Weise sie die Tochter zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten instandsetzt.²⁰³

Hierbei ist nicht das Risiko der Zahlungsunwilligkeit, sondern das der Zahlungsunfähigkeit der Tochter abgesichert,²⁰⁴ so dass die Erfüllung dieser Verpflichtung somit nicht nur dem Kreditinstitut, sondern auch den sonstigen Gläubigern der Tochtergesellschaft zu Gute kommt.²⁰⁵ Damit trägt die Patronin das Risiko, dass sie von dem Kreditinstitut weiterhin auf Liquiditätszufuhr in Anspruch genommen werden kann, weil die der Tochter zugeführten Mittel nicht zur Befriedigung des Kreditinstituts eingesetzt werden.²⁰⁶ Die harten Patronatserklärungen beschränken sich also nicht auf eine einmalige Zahlung, sondern sie haben darüber hinausgehend eine Fülle von Maßnahmen zum Inhalt.²⁰⁷ Demzufolge ist davon auszugehen, dass der Patronatsvertrag den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses hat.²⁰⁸ Darüber hinaus ist die Verpflichtung der Patronin gegenüber dem Tochtergläubiger akzessorisch, setzt somit den Bestand der zu sichernden Hauptforderung aus dem Kreditvertrag voraus.²⁰⁹ Durch diese Merkmale lassen sich die harten Patronatserklärungen von Bürgschaft, Garantie und Schuldbeitritt

¹⁹⁹ Ganz h.M., vgl. etwa BGHZ 117, 127, 130 = ZIP 1992, 338, 340; Staudinger/Horn, BGB, vor § 765 Rn. 118; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., 1994, § 64 V 1, S. 82; Scholz/Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, 7. Aufl., 1994, Rn. 424; Michalski, WM 1994, 1229, 1238; Habersack, ZIP 1996, 257, 258; a.A. Köhler, WM 1978, 1338, 1345 f.

²⁰⁰ Vgl. MünchKomm/Habersack, BGB, 3. Aufl., 1997, vor § 765 Rn. 44; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 18; Michalski, WM 1994, 1229, 1235, 1240.

²⁰¹ Michalski, WM 1994, 1229, 1240.

²⁰² Michalski, WM 1994, 1229, 1240 m. Fn. 165.

²⁰³ Fleischcher, WM 1999, 666, 667; Habersack, in: MünchKomm-BGB, vor § 765 Rn. 44; Schäfer, WM 1999, 153 m.w.N.

²⁰⁴ Habersack, in: MünchKomm-BGB, vor § 765 Rn. 44 m.w.N.; vgl. auch Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 18.

²⁰⁵ Habersack, ZIP 1996, 257, 258.

²⁰⁶ Vgl. Fleischcher, WM 1999, 666, 667; Habersack, in: MünchKommBGB, vor § 765 Rn. 44 f.; ders. ZIP 1996, 257, 258; Larenz-Canaris Schuldrecht II/2 § 64 V 1 b; Horn, in Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 412.

²⁰⁷ Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 412.

²⁰⁸ Dafür spricht schon der Wortlaut der Erklärung, Michalski, WM 1994, 1229, 1240.

²⁰⁹ Larenz-Canaris Schuldrecht II/2 § 64 V 1 b; Habersack, in: MünchKommBGB, vor § 765 Rn. 44; im Ergebnis auch Michalski WM 1994, 1229, 1237 f.; a.A. wohl Graf v. Westpfalen, Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, S. 394; Rümker WM 1974, 990, 991 f., und U. H. Schneider, ZIP 1989, 619, 621, die die Verwandtschaft der Patronatserklärung mit der Garantie betonen.

unterscheiden.²¹⁰ Hierbei stellen sich die zwei Fragen, ob der Tochtergesellschaft aus dem Patronatsvertrag ein Anspruch gegenüber der Muttergesellschaft auf Liquiditätsausstattung zusteht, und ob das Kreditinstitut von der Muttergesellschaft fordern kann, die Kreditrückzahlung direkt an dieses zu leisten.

Hinsichtlich der ersten Frage geht man davon aus, dass die Tochtergesellschaft durch den Patronatsvertrag ebenso wie ihre sonstigen Gläubiger nur reflexartig begünstigt wird²¹¹ und deshalb keinen Anspruch gegenüber der Muttergesellschaft auf Liquiditätsausstattung hat²¹². Dies ergibt sich auch daraus, dass das Kreditinstitut als Versprechensempfänger und Sicherungsnehmer kein Interesse daran hat, dass ein eigener Anspruch der Tochter besteht, weil dann auch andere Gläubiger diesen Anspruch pfänden könnten.²¹³ Demzufolge stellt der Patronatsvertrag keinen Vertrag zugunsten Dritter i.S.d. § 328 Abs. 1 BGB dar.²¹⁴ Streutig bleibt allerdings die zweite Frage, ob dem Kreditinstitut ein Anspruch gegenüber der Patronin auf Kreditrückzahlung zusteht.

b) Meinungen gegen einen Anspruch auf direkte Zahlung an das Kreditinstitut

Nach dem Patronatsvertrag ist das Kreditinstitut berechtigt, von der Patronin die zur Zweckerreichung geeignet erscheinenden Maßnahmen zu verlangen.²¹⁵ Solche Maßnahmen richten sich im Prinzip auf die unterstützte Tochtergesellschaft, so dass das Kreditinstitut einer im Schrifttum vertretenen Meinung nach der Patronin gegenüber lediglich Leistung an die Tochter beanspruchen kann.²¹⁶ Zur Erfüllung ihrer Verpflichtung kann die Patronin der Tochtergesellschaft Finanzmittel zuwenden, braucht jedoch nicht für die Weiterleitung der Gelder an das Kreditinstitut zu sorgen,²¹⁷ wobei sie im Rahmen ihrer Einflussmöglichkeiten die rechtzeitige Rückzahlung der Tochter an das Kreditinstitut zu wahren hat.²¹⁸ Danach ist ein Anspruch des Kreditinstituts auf direkte Zahlung abzulehnen.²¹⁹ Nach solcher

²¹⁰ Vgl. etwa Fleischscher, WM 1999, 666, 667.

²¹¹ Habersack, in: MünchKommBGB, vor § 765 Rn. 44.

²¹² Vgl. Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 411.

²¹³ Gerth, Atypische Kreditsicherheiten, 1980, S. 144; Michalski, WM 1994, 1238.

²¹⁴ Habersack, in: MünchKommBGB, vor § 765 Rn. 44; ders.; ZIP 1996, 257, 258; Michalski, WM 1994, 1229, 1238; Obermüller ZUG 1975, 1, 9; ders. ZIP 1982, 915, 918.

²¹⁵ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 21; Fleischscher, WM 1999, 666, 667; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 1994, § 64 V 1, S. 82.

²¹⁶ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 21; Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 411; Michalski, WM 1994, 1235, 1238.

²¹⁷ Vgl. Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 412 m.w.N.

²¹⁸ Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 412.

²¹⁹ Weitgehend anerkannte Meinung, vgl. Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-

Meinung ist dies ein Kennzeichen von harten Patronatserklärungen,²²⁰ wodurch sie sich von der Bürgschaft, dem Schuldbeitritt und der Garantie unterscheiden lassen.²²¹ Allerdings ist eine Direktleistung der Patronin an das Kreditinstitut gemäß § 267 Abs. 1 BGB zur Tilgung der Kreditschuld der Tochtergesellschaft aus dem Kreditvertrag zulässig.²²² Das Ablehnungsrecht des Kreditinstituts gemäß § 267 Abs. 2 BGB ist durch die Zweckbestimmung im Zweifel abbedungen.²²³

Fraglich ist, ob der Anspruch des Kreditinstituts auf Liquiditätsausstattung gegenüber der Patronin bewertbar ist. Da es unklar ist, wie die Ausstattung der Tochter zu erfolgen hat, liegt eine Wahlbefugnis für die Muttergesellschaft zwischen mehreren Ausstattungsmöglichkeiten nahe.²²⁴ Da die Patronin mehrere Erfüllungsmöglichkeiten miteinander vermischen kann, fehlt es an einer ausführlichen Regelung der Modalitäten der Finanzausstattung,²²⁵ so dass dabei keine Wahlschuld i.S.d. § 262 BGB vorliegt.²²⁶ Auch bei Anerkennung der Ausstattungspflicht aus dem Patronatsvertrag als eine Wahlschuld sui generis²²⁷ besteht darin eine Schwierigkeit der Formulierung des Klageantrags, dass sämtliche Erfüllungsalternativen aller möglichen Kombinationen nicht aufzählbar sind.²²⁸ Im Schrifttum wird z.T. die Meinung vertreten, dass der Klageantrag unbestimmt ist (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO),²²⁹ so dass zwar seitens des Kreditinstituts materiell ein Anspruch auf Ausstattung besteht, er jedoch prozessual nicht durchsetzbar ist. Allerdings ist die Patronin sodann nach § 280 BGB dem Kreditinstitut gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet.²³⁰ Eine andere Meinung geht jedoch davon aus, dass das Kreditinstitut „auf Ausstattung in Höhe der fälligen Kreditrestschuld“ klagen kann und der Titel nach § 887 Abs. 1

Handbuch, Rn. 24; Habersack, ZIP 1996, 257, 258, jeweils m.w.N.

²²⁰ Fleischer, WM 1999, 666, 667; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, § 64 V 1, S. 82; Habersack, ZIP 1996, 257, 258.

²²¹ Ganz h.M., vgl. etwa BGHZ 117, 127, 130 = NJW 1992, 2093; Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rn. 118; Larenz-Canaris Schuldrecht II/2 § 64 V 1; Scholz-Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 424; Habersack, in: MünchKommBGB, vor § 765 Rn. 44; ders., ZIP 1996, 257, 258; Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 24 m.w.N.; aA Köhler WM 1978, 1338, 1345 f.

²²² Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 21; Larenz-Canaris Schuldrecht II/2 § 64 V 1 b, aber auch Michalski WM 1994, 1229, 1239; im Ergebnis ebenso, Habersack, MünchKommBGB, vor § 765 Rn. 44 beruht die Direktzahlung jedoch auf eine stillschweigend vereinbarte Ersetzungsbefugnis der Patronin; vgl. auch ders., ZIP 1996, 257, 258.

²²³ Merkel, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 22; im Ergebnis ebenso Habersack, ZIP 1996, 257, 258 m.w.N.

²²⁴ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 21; Michalski, WM 1994, 1229, 1239.

²²⁵ Michalski, WM 1994, 1229, 1239.

²²⁶ Michalski, WM 1994, 1229, 1239.

²²⁷ Michalski, WM 1994, 1229, 1239.

²²⁸ Michalski, WM 1994, 1229, 1239; Köhler, WM 1978, 1338, 1345.

²²⁹ Merkel, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 22; Michalski, WM 1994, 1229, 1239.

²³⁰ Vgl. BGHZ 117, 127, 129 = WM 1992, 501 = NJW 1992, 2093; Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 98 Rn. 13, 21 f., 31; Pesch, WM 1998, 1609, 1611; Horn, in: Staudinger-BGB, vor § 765 Rdn. 414; Scholz-Lwowski, Kreditsicherung, Rn. 424.

ZPO²³¹ vollstreckt wird.²³² Der Streitgegenstand ist der Ausstattungserfolg, also die Rückerstattung des Geldes, und hat mit mehreren unterschiedlichen Leistungserfolgen nichts zu tun, so dass der Klageantrag bestimmt bzw. bestimmbar ist und damit die Wahlschuldregeln prozessrechtlich keine Rolle spielen können. Es ist dem Kreditinstitut also gleichgültig, welche bzw. welche Kombination von Ausstattungsmodalitäten die Patronin im Rahmen der Wahlschuld sui generis wählt. Allerdings kann die Patronin nicht zur Liquiditätsausstattung der Tochtergesellschaft gezwungen werden. Zur Vollstreckung dieses Anspruchs kann das Kreditinstitut nur nach § 887 Abs. 1 ZPO unter Ermächtigung des Vollstreckungsgerichts verlangen, dass die Patronin die durch den Erlass seiner Forderung gegen die Tochtergesellschaft entstandenen Kosten ersetzt. Insofern wird die Ausstattungspflicht der Patronin zu einer Zahlungspflicht. Im Ergebnis ist diese Ansicht nichts anderes als das eben erwähnte Schadensersatz-Konzept.

c) Meinungen für einen Anspruch auf Direktzahlung an das Kreditinstitut

Eine im Schrifttum vertretene Meinung beruht auf dem Sicherungscharakter der Ausstattungspflicht und geht davon aus, dass dem Kreditinstitut aus dem Patronatsvertrag ein Anspruch auf Rückzahlung der Kreditschuld gegenüber der Patronin zusteht, und zwar nur im Fall der Insolvenz der Tochter.²³³ Danach ist nicht die Finanzausstattung der Tochter Leistungsgegenstand des Patronatsvertrags, sondern stattdessen eine bürgschaftsähnlich gestaltete Einstandspflicht der Patronin für die Erfüllung der gesicherten Verbindlichkeit im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Tochter.²³⁴ Die Patronin kann frei entscheiden, auf welche Weise die Tochtergesellschaft auszustatten ist. Sie steht jedoch für die Unzulänglichkeit der Finanzausstattung, vor allem im Insolvenzfall, ein.²³⁵ Tritt die Insolvenz der Tochter ein, ist der vereinbarte Sicherungsfall gegeben, verpflichtet sich die Patronin sodann nach dem Patronatsvertrag zur Direktleistung an den Kreditgeber.²³⁶

Einer anderen Meinung nach wird zwar ein Anspruch des Kreditgebers auf Direktzahlung gegenüber der Patronin im Insolvenzfall der Tochter anerkannt, der allerdings auf der vor der Insolvenz schon bestehenden Liquiditätsausstattungspflicht der Patronin beruht.²³⁷ Dieser Ansicht zufolge verwandelt sich diese

²³¹ Michalski, WM 1994, 1229, 1240.

²³² Michalski, WM 1994, 1229, 1240 m.w.N.

²³³ Schäfer, WM 1999, 153, 161 m.w.N.

²³⁴ Schäfer, WM 1999, 153, 161.

²³⁵ Schäfer, WM 1999, 153, 161.

²³⁶ Schäfer, WM 1999, 153, 161 m.w.N.

²³⁷ Habersack, in: MünchKommBGB, vor § 765 Rn. 44.

Ausstattungspflicht bei der Insolvenz der Tochter in eine Direktzahlung an das Kreditinstitut,²³⁸ während die oben erwähnte Meinung davon ausgeht, dass eine Verpflichtung der Patronin aus dem Patronatsvertrag, nämlich die Verpflichtung zur Rückzahlung der Kreditschuld an den Kreditgeber, erst bei der Insolvenz der Tochter entsteht. Dieser Anspruch auf Direktzahlung substituiert jenen auf Liquiditätsausstattung und stellt naturgemäß einen Sekundärleistungsanspruch dar, so dass es sich nicht um die Rückzahlung der Kreditschuld durch die Patronin, sondern um die Rechtsfolge wegen Nichterfüllung der Ausstattungspflicht der Patronin handelt.²³⁹ Dadurch unterscheidet sich diese Ansicht von derjenigen für einen Anspruch des Kreditinstituts auf Kreditrückzahlung gegen die Patronin.

d) Stellungnahme

Ein Anspruch des Kreditgebers auf direkte Rückzahlung der Kreditschuld gegen die Patronin ist im Prinzip abzulehnen. Denn die Patronatserklärung wird verwendet, weil die Muttergesellschaft die Nachteile der klassischen Sicherheiten vermeiden möchte. Würde bei Insolvenz der Tochter die Muttergesellschaft zur Rückzahlung der Kreditsumme an das Kreditinstitut herangezogen, so würde sie wie der Bürge beim Bürgschaftsvertrag behandelt werden²⁴⁰. Von den Parteien ist vereinbart, dass die Patronin die Liquidität der Tochter zu erhalten hat. Die Patronin verletzt ihre Verpflichtung aus dem Patronatsvertrag, und zwar auch schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Tochter, wenn letztere finanziell nicht mehr in der Lage ist, ihrer Kreditverbindlichkeit nachzukommen. Das Interesse des Kreditgebers ist dadurch ausreichend bewahrt, indem sich die Patronin bei Nichterfüllung ihrer Verpflichtung aus dem Patronatsvertrag zum Schadensersatz verpflichtet. Da diese Art von Patronatserklärungen einen atypischen Vertrag darstellt, gilt auch das allgemeine Vertragsrecht, so dass der Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 280 BGB beruht. Die Direktzahlungspflicht durch eine ergänzende Vertragsauslegung soll ausgeschlossen werden, da solche Patronatserklärungen in der Praxis durch Verhandlungen zwischen erfahrenen Vertragspartnern abgegeben sind, so dass ein bewusster Verzicht auf eine Regelung der Rechtsfolge anzunehmen ist²⁴¹. Demzufolge

²³⁸ Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 64 V 1 c, S. 83; Habersack, in: MünchKommBGB, vor § 765 Rn. 44, 47; tendenziell auch Michalski, WM 1994, 1229, 1235 f., 1240; kritisch gegenüber der h.M., aber mit eigenem Ansatz, Köhler, WM 1978, 1338, 1345 f.

²³⁹ Z.T. konstruiert man diesen Anspruch nicht als Primärleistungsanspruch aus § 280 BGB, sondern als eine Sekundärleistungspflicht kraft Gesetzes, vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht, 1994, § 64 V 1, S. 83; Habersack, in: MünchKommBGB, vor § 765 Rn. 47; ders., ZIP 1996, 257; Schäfer, WM 1999, 153, 160.

²⁴⁰ Vgl. OLG Köln EwIR 1986, 567 m. Anm E Schneider.

²⁴¹ Michalski, WM 1994, 1229, 1239 m.w.N.; Gerth, Atypische Kreditsicherheiten, Liquiditätsgarantien und Patronatserklärungen deutscher und ausländischer Muttergesellschaften, S. 146.

soll der zu ersetzende Schaden die Kreditsumme, Zinsen einschließlich Verzugszinsen, Provisionen und Gebühren umfassen²⁴².

IV. Die gesellschafts- bzw. konzernrechtlichen Auswirkungen auf die Patronatserklärungen

1. Die Patronatserklärung im Gesellschaftsrecht

Bei den (harten) Patronatserklärungen geht es um eine atypische Besicherung durch die Muttergesellschaft für Bankkredite an die Tochtergesellschaft, so dass dabei typischerweise eine Downstream-Besicherung vorliegt²⁴³. Durch die Patronatserklärung wird nicht nur eine Haftung der Konzernmutter gegenüber dem Tochtergläubiger begründet, sondern auch die Tochtergesellschaft wirtschaftlich begünstigt. Dafür kommt wie bei typischer Downstream-Besicherung das sog. Kapitalersatzrecht in Betracht²⁴⁴. Dieses stellt für die kreditgebende Bank eine Beschränkung der Geltendmachung ihrer Forderung aus dem Kreditgeschäft gegenüber der Tochtergesellschaft dar, während die Rechtsbeziehung zwischen ihr und der Muttergesellschaft aus der Patronatserklärung davon nicht berührt wird. Zum Recht des Eigenkapitalersatzes kamen vor dem Erlass des MoMiG zunächst die gesetzlichen Regelungen von §§ 32a, 32b GmbHG in Betracht. Nach § 32a Abs. 3 GmbHG war eine Patronatserklärung als Eigenkapitalersatz zu qualifizieren, wenn sie wirtschaftlich einer Darlehensgewährung nach § 32a Abs. 1 GmbHG entsprach oder wenn sie als eine Sicherheit i.S.d. § 32a Abs. 2 GmbHG zu qualifizieren war. Seit dem Erlass des MoMiG sind die Patronatserklärungen nach den einschlägigen Vorschriften im Insolvenzrecht (§§ 44a, 135 InsO) zu beurteilen. Da vor allem die harte Patronatserklärung als Kreditsicherheit (atypische Sicherheit) benutzt werden kann²⁴⁵, bezieht sich folgende Erörterung lediglich auf die harte Patronatserklärung.

Wie zuvor in vorliegender Arbeit schon erwähnt, richten sich die Neuregelungen hinsichtlich der Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter vor allem auf den Gläubiger der Gesellschaft, dessen Kreditforderungen durch den Gesellschafter besichert werden, und auf den Gesellschafter, der für die Kreditschuld der

²⁴² Michalski, WM 1994, 1229, 1239 m.w.N.; Obermüller, ZGR 1975, 117.

²⁴³ Merkel, in Lutter/Scheffler/Schneider, Konzernfinanzierung, § 17 Rn. 17.83.

²⁴⁴ Die Problematik der Einlagenrückgewähr tritt hierbei nicht auf, s. Merkel, in Lutter/Scheffler/Schneider, Konzernfinanzierung, § 17 Rn. 17.83, ders., in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts Handbuch, § 98 Rn. 13 und Rn. 29.

²⁴⁵ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 20.

Gesellschaft Sicherheiten bestellt. Der sicherungsnehmende Gläubiger der Gesellschaft kann nur aufgrund der Kreditsicherheit den Gesellschafter in Anspruch nehmen, wenn seine Kreditforderung bis Antragstellung des Insolvenzverfahrens der Gesellschaft noch nicht getilgt wird (§ 44a InsO). Wird die Kreditforderung vor der Antragstellung des Insolvenzverfahrens schon durch die Gesellschaft zurückgezahlt, kann der Gläubiger einerseits die Rückzahlung der Gesellschaft behalten, andererseits hat der sicherungsgebende Gesellschafter gem. § 143 Abs. 3 InsO Erstattung in Höhe der Sicherheit in die Insolvenzmasse zu gewähren.

a) Die Auswirkung auf die die Patronatserklärung empfangende Bank

Insofern sind die Neuregelungen über die Gesellschafterleistung für die Bank, die eine (harte) Patronatserklärung von der Muttergesellschaft empfängt, nur von Bedeutung, wenn ihre Kreditforderung im Insolvenzfall der Gesellschaft noch nicht befriedigt wird. Dann kommt die Frage in Betracht, inwieweit sie die Patronin aufgrund der Patronatserklärung in Anspruch nehmen kann. Wie oben erörtert, kann der Gläubiger die Ausstattungsverpflichtung der Patronin gegenüber der Tochtergesellschaft zwar einklagen, es scheidet eine klageweise Geltendmachung aber meist wegen Problemen bei der Konkretisierung des Klageantrages aus, da es grundsätzlich der Patronin überlassen bleibt, wann und auf welche Weise sie ihrer Ausstattungsverpflichtung nachkommen will²⁴⁶. In der Praxis bleibt damit für den Gläubiger nur die Möglichkeit, Schadensersatzansprüche gegen die Patronin wegen der Verletzung der in der Patronatserklärung übernommenen Ausstattungspflicht nach § 280 BGB geltend zu machen²⁴⁷. Zu beachten ist dabei, dass diese Ansprüche auf Schadensersatz auch außerhalb der Insolvenz geltend gemacht werden können.

b) Die Auswirkung auf die Patronin

Wird die Kreditforderung im letzten Jahr vor der Insolvenzantragstellung der Gesellschaft schon getilgt, kommt dann die Frage nach der Haftung der Patronin in Betracht. Durch die harten externen Patronatserklärungen erwirbt die Tochtergesellschaft zwar keine eigenen Ansprüche gegen die Patronin, weil sie dabei nur reflexartig begünstigt wird,²⁴⁸ darauf kommt es im neuen Recht der Gesellschafterleistung aber nicht an. Vielmehr unterliegt die Patronin der neuen Vorschrift des § 143 Abs. 3 InsO, da die harten Patronatserklärungen der Bürgschaft

²⁴⁶ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 21.

²⁴⁷ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 21 m.w.N.

²⁴⁸ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 21 m.w.N.

bzw. der Sicherheit i.S.d. § 135 Abs. 2 InsO gleichgestellt sind. Im Ergebnis hat die Patronin die dem Gläubiger von der Gesellschaft gewährten Leistungen zur Insolvenzmasse zu erstatten.

Allerdings besteht die Erstattungsverpflichtung nach § 143 Abs. 3 InsO nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürge haftete oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte Forderung entspricht. Nach dem Inhalt der harten Patronatserklärungen verpflichtet sich die Patronin zwar, die Tochtergesellschaft mit genügend Liquidität auszustatten²⁴⁹. Anders als bei internen Patronatserklärungen werden externe Patronatserklärungen aber gegenüber der kreditgebenden Bank abgegeben,²⁵⁰ so dass die Gesellschaft dabei nur reflexartiges Interesse hat. Im Insolvenzfall der Gesellschaft ist dann festzustellen, dass die Patronin ihre Ausstattungspflicht verletzt hat. Dann kann die Bank, wie oben schon erörtert, Schadensersatzansprüche gegen die Patronin wegen der Verletzung der in der Patronatserklärung übernommenen Ausstattungspflicht nach § 280 BGB geltend machen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Patronin durch die harte externe Patronatserklärung in diesem Umfang die Kreditforderung der Bank sichert. Wird diese Kreditforderung innerhalb der Jahresfrist vor der Insolvenzantragstellung an die Bank zurückgezahlt, soll sich die Erstattungsverpflichtung der Patronin nach § 143 Abs. 3 InsO auch nur bis zur Höhe des Betrags des Darlehens beschränken.²⁵¹

2. Die Patronatserklärungen im Konzernrecht

a) Ausgangsfrage

Zum Schutz der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft bietet das Konzernrecht eine Reihe von Regeln an, namentlich die Haftung der Verlustübernahme (§ 302 AktG) bzw. Sicherheitsleistung (§ 303 AktG) im Vertragskonzern bzw. im qualifizierten faktischen Konzern und die Haftung des Nachteilsausgleichs im einfachen faktischen Konzern (§ 311 AktG). Allerdings besteht kein allgemeiner Haftungsdurchgriff im Rahmen des Konzernrechts²⁵². Zur Begründung einer unmittelbaren Außenhaftung der

²⁴⁹ Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 13.

²⁵⁰ Zur Unterscheidung zwischen internen und externen Patronatserklärungen, s. Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 10 f.

²⁵¹ Bei harten internen Patronatserklärungen hat die Patronatsgeberin den Zustand herzustellen, der bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Ausstattungspflicht bestünde, s. Merkel/Tetzlaff, in: Schmansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Rn. 31 m.w.N.

²⁵² H.M., vgl. BGHZ 81, 311, 317 = WM 1981, 1200 (Sonnenring); BGH WM 1979, 878 = NJW 1979, 1823, 1828 (Herstatt); Emmerich/Sonnenschein, 263 f; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2.

Obergesellschaft gegenüber den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft kommen Rechtsgeschäfte zwischen den beiden in Betracht, wie z.B. Garantieerklärung, Bürgschaft, Schuldmitübernahme und nicht zuletzt die Patronatserklärungen²⁵³. Solche Sicherheitsgeschäfte sollen als eine ergänzende Schutzfunktion dienen. Fraglich ist jedoch, ob das Kreditinstitut trotz einer vorher abgegebenen Patronatserklärung noch eine Sicherheitsleistung nach § 303 AktG beanspruchen kann.

b) Die Patronatserklärungen und der Anspruch auf Sicherheitsleistung gem. § 303 AktG

Die Patronatserklärungen fallen nicht unter § 303 AktG. Zunächst einmal werden sie im Prinzip schon bei der Gewährung des Kredits abgegeben und entsprechen deshalb nicht dem zeitlichen Tatbestand des § 303 AktG. Zweitens richtet sich die Art der Sicherheitsleistung i.S.d. § 303 AktG nach §§ 232 ff. BGB²⁵⁴, von welchen die Patronatserklärungen nicht umfasst werden. Allerdings wird die Auffassung vertreten, dass dem ohnehin bereits über die nötige Sicherheit verfügenden Tochtergläubiger kein Anspruch aus § 303 AktG zusteht²⁵⁵. Dies begründet sich durch die Anwendung von § 303 Abs. 2 AktG und § 242 BGB. Demzufolge scheidet in dem Fall, in dem die Konzernmutter eine Patronatserklärung abgegeben hat, ein Anspruch auf Sicherheitsleistung gem. § 303 AktG aus, wenn die Patronatserklärung als eine nötige Sicherheit zu betrachten ist. Das OLG Karlsruhe²⁵⁶ hat beim Vorliegen einer weichen Patronatserklärung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern diesen Sicherheitsleistungsanspruch mit der Begründung abgelehnt, dass der Tochtergläubiger mit solcher Patronatserklärung das Risiko eines ausbleibenden wirtschaftlichen Erfolgs auf sich genommen hat. Eine in der Literatur vertretene Meinung hat diese Entscheidung kritisiert und ist davon ausgegangen, dass eine weiche Patronatserklärung das gesetzliche Haftungssystem für den Gläubiger nicht überwindet, sondern stärkt²⁵⁷.

Gesetzlich ist ein Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 303 Abs. 2 AktG

Aufl., 1992, § 29 Rdn. 26 ff., und § 54 Rn. 37; Michalski, WM 1994, 1229, 1232; ausnahmsweise ist eine mögliche Durchgriffshaftung auf wenige Anwendungsfälle, wie die Vermögensvermischung oder den Rechtsmissbrauch, beschränkt, vgl. Michalski, WM 1994, 1229, 1232; BGH WM 1979, 229 = NJW 1979, 2104; OLG Karlsruhe GmbHR 1990, 303.

²⁵³ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 54 Rn. 37; Obermüller ZGR 1975, 1; K. Müller ZGR 1977, 1, 28 ff.; Rümker WM 1974, 990, 991 ff.; Peltzer AG 1975, 309; Schaffland, BB 1977, 1021; Lutter ZGR 1982, 244, 254 ff.; Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 620.

²⁵⁴ Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 16 VII. 1, S. 264 und VII 4, S. 232.

²⁵⁵ Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, § 16 VII. 1, S. 265; Hüffer, § 303 Rdnr. 8; Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 619 f.

²⁵⁶ OLG Karlsruhe WM 1992, 2088, 2095.

²⁵⁷ Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 620 m.w.N.

ausgeschlossen, wenn Tochtergläubiger im Fall des Insolvenzverfahrens ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben. Nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift kann man davon ausgehen, dass die Tochtergläubiger nicht mehr auf diese Weise schutzbedürftig sind, wenn ihre Forderung gegenüber der Tochtergesellschaft auf andere Weise abgesichert ist. Dies ist der Fall, wenn ihnen schon zum Zeitpunkt der Kreditsierung Sicherheiten i.S.d. §§ 232 ff. BGB bestellt werden. Gleichgestellt werden sollen auch sonstige Zusagen, die eine entsprechende Sicherungsfunktion wie die Sicherheiten i.S.d. §§ 232 ff. BGB haben²⁵⁸. Insofern kann man zu dem Ergebnis kommen, dass das Kreditinstitut nur bei Annahme einer harten Patronatserklärung der Muttergesellschaft im Vertrags- bzw. qualifizierten faktischen Konzern das Recht aus § 303 Abs. 1 AktG nicht geltend machen kann. Nach § 242 BGB soll man zu demselben Ergebnis kommen. Bei der Annahme sonstiger weicher Patronatserklärungen trägt das Kreditinstitut das Risiko, dass die Verluste aus seiner Kreditforderung nicht durch eine Klage gegen die Patronin abgedeckt werden. Nach dem Prinzip der Interessenabwägung soll dann der Anspruch auf Sicherheitsleistung dabei unberührt bleiben.

c) Der Sonderfall bei Vermögenslosigkeit der Tochtergesellschaft

Ein Sonderfall für den Sicherheitsleistungsanspruch liegt dann vor, wenn die Tochtergesellschaft vermögenslos ist. In diesem Fall wird statt des Anspruchs auf Sicherheitsleistung ein direkter Anspruch der Tochtergläubiger gegenüber der Muttergesellschaft allgemein anerkannt, gleichgültig ob im Vertragskonzern oder im qualifizierten faktischen Konzern. Insofern kommt eine Analogie des § 303 Abs. 2 AktG für das Kreditinstitut, das eine harte Patronatserklärung empfangen hat, nicht in Betracht und steht ihm dann ein direkter Anspruch auf Kreditrückzahlung zu. Dies entspricht seinen Interessen und widerlegt nicht den Sinn und Zweck des § 242 BGB, da der direkte Zahlungsanspruch wertvoller als der Schadensersatzanspruch aus der harten Patronatserklärung ist, während derjenige auf Sicherheitsleistung dem aus der harten Patronatserklärung als gleichwertig einzuschätzen ist. Die Rechtstellung der Tochtergläubiger würde durch die harte Patronatserklärung verschlechtert, wenn der Anspruch auf direkte Zahlung in diesem Sonderfall ausgeräumt würde.

²⁵⁸ Z.B. eine Zusage der Obergesellschaft, bei einer Beendigung des Unternehmensvertrages auch für diejenigen Forderungen des Kreditinstituts gegen die Untergesellschaft Sicherheit zu leisten, für die dem Kreditinstitut noch anderweitige Sicherheiten zur Verfügung stehen, vgl. Lwowski/Groeschke, WM 1994, 613, 620 m.w.N.

§ 14 Zusammenfassung

1. Sicherheitenbestellung und Konzernrecht im Allgemeinen

Die Sicherheitenbestellung durch eine Konzerngesellschaft für Darlehen Dritter (Bank) an eine andere Konzerngesellschaft unterliegt (a) den besonderen Regeln des Konzernrechts, (b) den sonstigen Regeln des Gesellschaftsrechts und (c) den Regeln des allgemeinen Zivilrechts, insbesondere des Deliktrechts. Im Konzernrecht ist grundsätzlich zwischen Aktien- und GmbH-Konzernrecht zu unterscheiden, ferner zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern. Die besondere Fallgruppe des sog. qualifiziert faktischen Konzerns spielt dabei eine gewisse, durch die Rechtsprechung verminderte Rolle bei der Frage der Haftung für Nachteilzufügung.

Im Vertragskonzern ist die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens durch das Weisungsrecht (§ 308 Abs. 1 AktG) gesetzlich anerkannt. Zum Schutz der abhängigen Gesellschaft, der außenstehenden Gesellschafter sowie der Gesellschaftsgläubiger verpflichtet sich das herrschende Unternehmen zur Verlustübernahme (§ 302 AktG) und nach Ende des Unternehmensvertrags zur Sicherheitsleistung (§ 303 AktG). Dies soll nach der h.M. für den GmbH-Vertragskonzern gelten.

Im faktischen Konzern, also im Abhängigkeitsverhältnis ohne Abschluss eines Beherrschungsvertrags, sind nachteilige Einflussnahmen des herrschenden Unternehmens nach Leitbild des Gesetzgebers allgemein verboten. Eine Verletzung dieses Verbots führt zu einer Verpflichtung zum Schadensersatz (§ 317 Abs. 1 AktG). Diese Verpflichtung kann durch einen Nachteilsausgleich i.S.d. § 311 Abs. 2 AktG entfallen. Anders als im Vertragskonzern finden diese Regelungen nach h.M. keine entsprechende Anwendung auf den faktischen GmbH-Konzern. Jedoch gilt auch im faktischen GmbH-Konzern wie im faktischen Aktienkonzern das allgemeine Schädigungsverbot, das freilich auf die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze zurückzuführen ist, vor allem dem Grundsatz der mitgliedschaftlichen Treuepflicht. Bei der Verletzung der Treuepflicht haftet das herrschende Unternehmen ebenfalls zum Schadensersatz gegenüber der abhängigen Gesellschaft, wobei keine Ausgleichsmöglichkeit i.S.d. § 311 Abs. 2 AktG besteht.

Das in der Rechtsprechung für das GmbH-Konzernrecht entwickelte Rechtsinstitut des sog. „qualifizierten faktischen Konzerns“ wurde seit 2001 vom BGH durch seine „Bremer Vulkan“-Entscheidung abgeschafft. Stattdessen wurde die auf Deliktsrecht beruhende Existenzvernichtungshaftung eingeführt. Allerdings sollen nach der h.M. die Grundsätze des qualifizierten faktischen Konzerns weitgehend für die „qualifizierte“ Nachteilzufügung im Aktienkonzern gelten.

2. Kreditsicherung im Aktien-Vertragskonzern

a) Da die nachteilige Einflussnahme der Konzernmutter im Vertragskonzern durch das Weisungsrecht i.S.d. § 308 Abs. 1 AktG legitimiert wird, haftet sie für die durch ihre Veranlassung erfolgende Sicherheitenbestellung einer Tochtergesellschaft lediglich nach den konzernrechtlichen Regelungen von §§ 302, 303 AktG. Zum Schutz der Gläubiger der Tochtergesellschaft besteht dabei ein unmittelbarer Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen die Muttergesellschaft nach Beendigung des Unternehmensvertrags (§ 303 AktG). Im vorliegenden Sachverhalt ist dies für den sicherungsnehmenden Kreditgeber von geringerer Bedeutung, es sei denn, dass er ein Gläubiger der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft ist. Dies ist der Fall, wenn sich die Tochtergesellschaft für die Forderung des Kreditgebers verbürgt oder sonstige Personalsicherheiten, wie z.B. die Forderungsgarantie, den Schuldbeitritt und Modifizierungen davon stellt. Bei Bestellung der Realsicherheiten durch die Tochtergesellschaft steht dem Kreditgeber kein schuldrechtlicher Anspruch zu, deshalb kann sich der Kreditgeber dabei nicht auf die konzernrechtlichen Regelungen von §§ 302, 303 AktG berufen.

b) Während § 303 AktG dem Gläubiger einen unmittelbaren Anspruch auf Sicherheitsleistung gegenüber der Konzernmutter einräumt, können die Gläubiger der Tochtergesellschaft den im Prinzip nur der Tochtergesellschaft eingeräumten Anspruch auf Verlustausgleich aus § 302 AktG pfänden und sich überweisen lassen (§§ 829, 835 ZPO). Nach § 302 AktG steht dem Kreditgeber bei der Vollstreckung seines Anspruchs gegen die sicherungsgebende Tochtergesellschaft eine ergänzende Verpfändungsmöglichkeit zur Verfügung, die jedoch keine ausreichende Sicherung darstellt. Denn der Kreditgeber muss dabei mit anderen Gläubigern der Tochter konkurrieren. Darüber hinaus kann die Muttergesellschaft zur Abwehr des Ausgleichsanspruchs die Feststellung des Jahresabschlusses verzögern, etwa durch die einredeweise Geltendmachung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses.

c) Hat der Kreditgeber einer Schwestergesellschaft Kredit gewährt und dafür eine Bürgschaft von der Tochtergesellschaft aufgenommen, so stellt eine Sicherheitsleistung durch die Muttergesellschaft nach § 303 AktG eine Erhöhung der Sicherheit seiner Kreditforderung dar. Nimmt die Muttergesellschaft im Vertragskonzern einen Kredit auf und lässt ihn durch die Bürgschaftsübernahme der Tochtergesellschaft besichern, darf die Konzernmutter sich nach Beendigung des Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrags nicht auf § 303 Abs. 3 AktG berufen.

Da die Konzernmutter als Hauptschuldner dem kreditgebenden Gläubiger bereits mit ihrem gesamten Vermögen haftet, wäre ihre „Verbürgung“ eigentlich eine Nachbürgschaft für die eigene Schuld und aus Sicht des Gläubigers wertlos, weil sie nicht zu einer Erhöhung seiner Sicherheit führen könnte. Stattdessen muss sie für die Bürgschaft durch die Tochtergesellschaft Sicherheiten nach §§ 232 ff. BGB leisten, wenn sie selbst der Kreditnehmer ist.

d) Zwar ist ein direkter Zahlungsanspruch des Gläubigers der Tochtergesellschaft gegen die Muttergesellschaft beim Ausfall seiner Forderung gegen die Tochtergesellschaft analog § 322 AktG allgemein anerkannt. Im vorliegenden Sachverhalt ist diese Ausfallhaftung der Konzernmutter jedoch nur von Bedeutung, wenn sie nicht selbst der Kreditnehmer ist. Nimmt sie den Kredit auf, dann verliert die Ausfallhaftung im Fall der Vermögenslosigkeit der sich verbürgenden Tochtergesellschaft ihre Bedeutung, da dem Kreditgeber aufgrund des Kreditgeschäfts eigentlich ein direkter Zahlungsanspruch gegen die Muttergesellschaft zusteht. Darüber hinaus setzt das Vorliegen einer Ausfallhaftung die Inanspruchnahme der sich verbürgenden Tochtergesellschaft voraus. Dies bedeutet wiederum, dass die kreditnehmende Muttergesellschaft ihre Verbindlichkeit gegenüber dem Kreditinstitut nicht mehr erfüllen kann. Im Ergebnis ändert sich die Rechtsstellung des Kreditinstituts durch die Ausfallhaftung nicht.

3. Kreditsicherheiten im GmbH-Vertragskonzern

Eine Analogie des § 308 AktG auf den GmbH-Konzern ist anzunehmen, damit die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung durch den Beherrschungsvertrag auf das herrschende Unternehmen übergeht. Im vorliegenden Sachverhalt ist sodann im GmbH-Vertragskonzern die Sicherheitenbestellung der abhängigen GmbH zugunsten eines Konzernunternehmens, die aus einer Weisung des herrschenden Unternehmens erfolgt, trotz des Vermögensnachteils seitens der abhängigen GmbH durch den Beherrschungsvertrag legitimiert. Hierbei kann der Kreditgeber analog § 302 AktG wie im Aktienkonzern bei der Bestellung von Personalsicherheiten durch die Tochtergesellschaft für seine Forderung aus dem Kreditgeschäft den Verlustausgleichsanspruch pfänden und sich überweisen lassen. Nach Beendigung des Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrags kann er auch analog § 303 AktG eine Sicherheitsleistung verlangen. Insofern gilt die Ausfallhaftung nicht anders als im Aktienkonzern. Dabei sind auch die Schranken des Weisungsrechts auf die Rechtmäßigkeit wie im Aktienkonzernrecht einzuhalten.

4. Kreditsicherung im faktischen Aktienkonzern

a) Die Sicherheitsbestellung durch eine Tochtergesellschaft zugunsten eines anderen verbundenen Unternehmens unter Veranlassung der Muttergesellschaft stellt ein nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.d. § 311 AktG dar, wenn die Tochter dafür keine angemessene Gegenleistung erhält. Bei der Erfüllung der Voraussetzung nach § 317 Abs. 1 S. 1 AktG ist die Konzernmutter zum Schadensersatz verpflichtet. Zwar kann die Tochtergesellschaft in diesem Fall der Muttergesellschaft gegenüber nach § 249 S. 1 BGB Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen, jedoch liegt das Wahlrecht zur Befreiungsmaßnahme in der Hand des Schuldners, nämlich der Muttergesellschaft. Im vorliegenden Sachverhalt geht es jedoch um das Sicherungsgeschäft zwischen der Tochtergesellschaft und dem Kreditgeber. Die Konzernmutter ist in diesem Fall nicht in der Lage, durch eine einseitige Maßnahme die Tochtergesellschaft von ihrer Verbindlichkeit aus dem Sicherungsgeschäft zu befreien. Die Tochtergesellschaft kann lediglich gegen die Konzernmutter etwa durch Geldersatz nach § 251 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 287 ZPO die Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass sich die Konzernhaftung nach § 317 AktG nicht auf das Sicherungsgeschäft zwischen der Tochtergesellschaft und dem Kreditinstitut auswirkt.

b) Besteht ein schuldrechtlicher Anspruch des Kreditgebers gegen die Tochtergesellschaft, etwa durch Bestellung einer Personalsicherheit, kann der Kreditgeber bei dem Prozess der Vollstreckung gegen die Tochtergesellschaft seinen Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG gegen die Konzernmutter verpfänden und sich überweisen lassen. Allerdings hat diese Verpfändung auch wie im Vertragskonzern keine Bedeutung, wenn die Muttergesellschaft selbst den Kredit aufgenommen hat. Denn die Tochtergesellschaft kann nur wegen der Personalsicherheit von dem Kreditgeber in Anspruch genommen werden, wenn er bei der Inanspruchnahme gegen den Hauptschuldner – die Muttergesellschaft – keinen Erfolg hat. In diesem Fall kann die Verpfändung eines Schadensersatzanspruchs gegen die Muttergesellschaft für die Forderung des Kreditinstituts aus dem Kreditgeschäft nichts ändern.

5. Kreditsicherung im faktischen GmbH-Konzern

Im GmbH-Konzernrecht ist trotz dieser Weisungsabhängigkeit die Veranlassung der Muttergesellschaft zu nachteiligen Rechtsgeschäften oder Maßnahmen der Tochtergesellschaft nach h.M. allgemein verboten. Die Grundlage des Schädigungsverbots liegt in der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bzw. § 43

GmbHG. Eine analoge Anwendung von §§ 311 bis 318 GmbHG kommt nicht in Betracht, weil für eine derartige Analogie zum Aktienrecht eine ausreichende Basis fehlt. Demzufolge kann die Rechtswidrigkeit der nachteiligen Veranlassung in diesem Fall nicht durch Nachteilsausgleich legitimiert werden. Bei der Treuepflichtsverletzung bzw. nach § 43 GmbHG ist die Konzernmutter zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie treuwidrige, isolierbare, schädigende Einflüsse auf die Tochtergesellschaft ausübt. Diese Schadensersatzpflicht bezieht sich lediglich auf die gesellschaftswidrig handelnden Gesellschafter. Hat die GmbH durch die Veranlassung eines Gesellschafters zugunsten dessen ein nachteiliges Rechtsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen, verpflichtet sich im Regelfall auch lediglich der handelnde Gesellschafter und nicht der Dritte. Dies soll auch für das Sicherungsgeschäft zwischen der Tochtergesellschaft und einem konzernfremden Kreditinstitut gelten. Dabei verpflichtet sich nur die Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft zum Schadensersatz. Eine Rückgängigmachung des Sicherungsgeschäfts mit der Bank scheidet aus. Nicht anders als wie im Aktienkonzern soll sich die Verpfändung des Schadensersatzanspruchs der Tochtergesellschaft gegen die Muttergesellschaft auswirken.

6. Die qualifizierte Nachteilzufügung, Existenzvernichtungshaftung und die Sicherheitenbestellung durch Konzernunternehmen

Für den Fall, in dem die nachteiligen Maßnahmen des herrschenden Unternehmens im Abhängigkeitsverhältnis ohne Abschluss eines Unternehmensvertrags nicht durch Einzelausgleich kompensiert werden können, wurde das Haftungsmodell des „qualifizierten faktischen Konzerns“ im Schrifttum bzw. in der Rechtsprechung entwickelt. Allerdings wurde der Haftungstatbestand des qualifizierten faktischen Konzerns seit dem „Bremer Vulkan“-Urteil von dem BGH aufgegeben und dadurch sein Beibehalten im Zweifel gesetzt wird.

a) Beim qualifizierten faktischen Konzern kann die durch die Leitung des herrschenden Unternehmens entstehende Schädigung der abhängigen Gesellschaft nicht durch die Schutzmechanismen der §§ 311 bis 318 AktG ausgeglichen werden. Im vorliegenden Sachverhalt ist das Recht des qualifizierten faktischen Konzerns weniger von Bedeutung. Denn die Veranlassung des herrschenden Unternehmens zum Vornehmen des Sicherungsgeschäfts der Gesellschaft aufgrund der Ausübung seiner Leitungsmacht ist isolierbar und ein Ausgleich für die dadurch entstehenden Nachteile ist nicht unmöglich. Darauf finden §§ 311 bis 318 AktG Anwendung, so dass das Recht des qualifizierten faktischen Konzerns ausgeschlossen ist.

b) Der BGH hat im „Bremer-Vulkan“-Urteil das Rechtsinstitut des qualifizierten faktischen Konzerns ausdrücklich aufgegeben und stattdessen unter dem Schlagwort des existenzvernichtenden Eingriffs eine Durchgriffshaftung des GmbH-Gesellschafters bei rücksichtslosem Eingriff in das Vermögen der GmbH geschaffen. Mit dem „Trihotel“-Urteil des BGH beruht die Existenzvernichtungshaftung nicht mehr auf einer an den Missbrauch der Rechtsform anknüpfenden Durchgriffshaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sondern auf einer auf § 826 BGB gründenden Schadensersatzhaftung gegenüber der GmbH. Damit soll statt einer sich aus der gesellschaftsrechtlichen Durchgriffslehre ergebenden Außenhaftung nach diesem Urteil eine auf Deliktsrecht gründende Innenhaftung in Betracht kommen. Der Tatbestand soll sich nach den strengen Anforderungen der deliktischen Haftung der Generalklausel des § 826 BGB richten. Nach der Meinung des BGH besteht die sittenwidrige Schädigung durch die planmäßige Entziehung des Gesellschaftsvermögens durch den Gesellschafter und die beseitigte Solvenz der Gesellschaft, die zum unmittelbaren oder mittelbaren Vorteil eines Gesellschafters oder Dritten führt. Haftungsträger sind zuerst alle Gesellschafter, die an dem Eingriff in das Gesellschaftsvermögen mitgewirkt haben.

c) Nach dem „Trihotel“-Urteil finden die Grundsätze der existenzvernichtenden Eingriffe im vorliegenden Sachverhalt dann Anwendung, wenn die Gesellschaftermehrheit die GmbH zur Sicherheitenbestellung zugunsten eines anderen verbunden Unternehmens veranlasst hat und damit die Insolvenz der GmbH verursacht oder vertieft wird. Die Existenzvernichtungshaftung kommt dann wegen Fehlens an der Vorsatzerfordernis nicht in Betracht, wenn die Beeinträchtigung der Fähigkeit der GmbH zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten durch die Inanspruchnahme der Sicherheit im Zeitpunkt der Erteilung der Weisung an die GmbH bzw. an ihren Vorstand zur Bestellung der Sicherheit oder spätestens der Bestellung der Sicherheit nach der ex-ante-Betrachtungsweise nicht wahrscheinlich ist. Eine später eintretende Zahlungsunfähigkeit wegen Inanspruchnahme der Sicherheit ist dem Alleingesellschafter nicht zurechenbar.

Im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verpflichtet sich der Gesellschafter wegen der existenzvernichtenden Eingriffe zum Schadensersatz gegenüber der GmbH, wobei die Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter durchgeführt werden soll. Bei Masselosigkeit der GmbH hat der Gesellschafter nach der im Schrifttum vielfach vertretenen Meinung für den Ausfall der Gläubiger der GmbH einzustehen. Allerdings ist diese Ausfallhaftung für das Kreditinstitut, von dem ein

durch die GmbH besichertes Darlehen an den Mehrheitsgesellschafter (Muttergesellschaft) gewährt wird, weniger von Bedeutung. Denn der Mehrheitsgesellschafter selbst ist der Hauptschuldner der Kreditschuld, deshalb macht es keinen Sinn, für den Ausfall der Besicherungsschuld einzustehen. Dabei hat diese Rechtsfigur im Prinzip keine Auswirkung auf die Wirksamkeit des Sicherungsgeschäfts zwischen der GmbH und dem Kreditinstitut.

7. Die anderen gesellschaftsrechtlichen Schutzmechanismen und die Sicherheitenbestellung im Konzern

Im Übrigen können bezüglich der Vermögenszuwendung einer Gesellschaft an einen ihrer Gesellschafter, wie z.B. die in vorliegender Arbeit zu behandelnde Sicherheitenbestellung durch Konzernunternehmen, im Gesellschaftsrecht die Regelungen über die Gesellschaftsorgane oder diejenigen über die Gesellschaftsfinanzierung in Betracht kommen. Unter den ersteren könnten die mitgliedschaftliche Treuepflicht, der Grundsatz der Gleichbehandlung, die Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht und die Schadensersatzpflicht wegen der Benutzung des Einflusses nach § 117 AktG einschlägig sein. Bei den Finanzierungsregelungen im Gesellschaftsrecht könnten sich zwei Begriffe unterscheiden, nämlich die verdeckte Gewinnausschüttung und die verdeckte Einlage.

Die Sicherheitenbestellung aus dem Vermögen der Gesellschaft zugunsten bestimmter Gesellschafter könnte einerseits als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt werden. Andererseits könnte das Recht der Gesellschafterleistung (beim Vorliegen einer verdeckten Einlage) Anwendung finden, wenn Sicherheiten zugunsten einer Gesellschaft durch einen ihrer Gesellschafter bestellt werden. Während beim Recht der Gesellschafterleistung neben den Rechtsprechungen auch konkrete Vorschriften vorgeschrieben und später durch die Neuregelungen im MoMiG modifiziert werden, stellt der vom Steuerrecht übernommene Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung keine selbstständige Rechtsinstitution dar, so dass dabei auf die gesetzlich vorgeschriebenen Bestimmungen über Kapitalerhaltung im AktG sowie im GmbHG (§§ 57, 62 AktG, 30, 31 GmbHG) abzustellen ist.

8. Kreditsicherung gegen §§ 57, 62 ff. AktG und die Kreditsicherung im Konzern

Die Sicherheitenbestellung durch eine AG zugunsten ihres Aktionärs ist als eine verbotene Rückgewähr i.S.d. § 57 AktG zu qualifizieren, da dadurch das Vermögen der AG wertmäßig beeinträchtigt und ein Aktionär dadurch begünstigt wird. Nach der

Einführung des MoMiG ist dann weiter zu fragen, ob die Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist (§ 57 Abs. 1, Satz 3 AktG). In Betracht kommt zunächst der Rückgriffs- bzw. Aufwendungsersatzanspruch (§§ 670, 257, 775, 774 BGB). Die Auswirkung solcher Ansprüche auf die Geltung der Kapitalerhaltungsregelungen war schon vor der Einführung der Neuregelungen strittig. Da der Gesetzgeber die bilanzielle Betrachtungsweise aufgenommen hat, stellt die Bestellung einer Sicherheit eine für das Kapitalerhaltsrecht irrelevante Gefährdung des Gesellschaftsvermögens dar, die nach § 251 HGB lediglich unter der Bilanz zu vermerken ist. Dabei könnte eine verbotene Einlagenrückgewähr erst angenommen werden, wenn die Sicherheit verwertet wird oder wegen drohender Inanspruchnahme eine bilanzwirksame Rückstellung zu bilden ist. Dies ist der Fall, wenn der Aktionär als Hauptschuldner seine Verbindlichkeit aus dem Kreditgeschäft nicht erfüllen kann. In diesem Fall erfolgt auch der Rückgriffs- bzw. Aufwendungsanspruch, der aber in diesem Zeitpunkt nicht werthaltig ist, so dass er nicht als kompensationsstauender Gegenanspruch i.S.d. § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG anzunehmen ist. Nach der Regierungsbegründung darf die Vollwertigkeit regelmäßig zu verneinen sein, wenn bei der Akquisitionsfinanzierung der Gesellschafter eine mit geringen Mitteln ausgestattete Erwerbergesellschaft ist, oder in Fällen, wo die Durchsetzbarkeit der Forderung aus anderen Gründen absehbar in Frage gestellt ist, etwa mangels eigenem operativen Geschäft und mangels eigener Vermögensmasse.

Außerdem kann ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr auch nicht durch Vereinbarung einer banküblichen Avalprovision beseitigt werden, da mit der Avalprovision allein das Verwertungsrisiko der Sicherheit nicht adäquat abgedeckt wird. Darüber hinaus ist bei einer Weiterleitung des von der Konzernspitze aufgenommenen Kredits die Voraussetzung der verbotenen Rückgewähr des § 57 AktG nicht gegeben, da die AG einerseits im Insolvenzfall des Aktionärs ihren Befreiungsanspruch nach § 775 BGB gegen den Darlehensrückzahlungsanspruch der Muttergesellschaft aufrechnen und andererseits die Vermögensminderung wegen der Verwertung der Sicherheit durch die Zuwendung der von der Muttergesellschaft weitergeleiteten Finanzmittel ausgleichen kann. In diesem Fall kommt es bei der besichernden AG nicht darauf an, ob dabei ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch i.S.d. § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG in Betracht kommt.

Nach der Haftungskreditkonzeption stellt die Valutierung des Haftungskredits, nämlich die Bestellung der Sicherheit, eine Leistung in diesem Sinn dar. Danach kann die AG beim Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr verweigern, die

vereinbarte Sicherheit zu bestellen. Wurde die Sicherheit schon bestellt, steht der AG dann neben dem Ausgleichsanspruch aus § 62 AktG ein sicherheitsrechtlicher Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch zu. In diesem Fall kann der Ausgleichsanspruch aus § 62 AktG wegen der Zahlungsunfähigkeit des Aktionärs jedoch nicht gewährleistet werden und damit die dadurch zu erreichende Funktion des Gläubigerschutzes ins Leere laufen. Diese Ansprüche haben auch keine Auswirkung auf das Sicherungsgeschäft zwischen der AG und dem sicherungsnehmenden Kreditinstitut.

9. Kreditsicherung gegen §§ 30 ff. GmbHG und die Kreditsicherung im Konzern

a) Die Sicherheitenbestellung durch eine GmbH zugunsten eines Gesellschafters ist nur dann als eine verbotene Auszahlung i.S.d. §§ 30 f. GmbHG zu qualifizieren, wenn dadurch eine Unterbilanz entsteht oder verschärft wird. Zur Ermittlung, ob eine verbotene Auszahlung vorliegt, erfolgte im MoMiG durch den Gesetzgeber eine Deutung zurück zur bilanziellen Betrachtungsweise. Nach der Neufassung des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG stellt eine Leistung keine Auszahlung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen dar, soweit die Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- bzw. Rückgewährungsanspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist. Der Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch aus dem Sicherheitsrecht ist im GmbH-Recht wie im Aktienrecht nicht als kompensationsstauender Gegenanspruch i.S.d. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG anzusehen. Zur Bestimmung, ob dieser Anspruch vollwertig ist, ist auf den Zeitpunkt der (drohenden) Verwertung der Sicherheit abzustellen.

b) Eine Nichtigkeit der Sicherheitenbestellung oder des Auftrags bzw. Geschäftsbesorgungsvertrags nach § 134 BGB kommt nicht in Betracht, da § 31 GmbHG eine Sondersanktion vorschreibt. Die Rechtsgeschäfte könnten aber nach § 138 BGB nichtig werden, wenn die sicherungsnehmende Bank bewusst mit dem Gesellschafter zur Schädigung der Gesellschaft oder den Gläubigern zusammenwirkt (Kollusion). In diesen Fall gilt das Bereicherungsrecht.

Vor der Erbringung der Sicherheitenbestellung darf die Gesellschaft die versprochene Leistung, hier die Bestellung der Sicherheit, gem. § 30 GmbHG verweigern, wenn eine Unterbilanz durch eine wahrscheinliche Bedrohung zur Verwertung der Sicherheit entstehen könnte. Ist die Sicherheitsleistung schon erbracht, kann die Gesellschaft gem. § 31 GmbHG dem Gesellschafter gegenüber einen Ausgleich verlangen, wobei das Wahlrecht in der Hand des Gesellschafters liegt. Ein Anspruch

auf die Rückgängigmachung des Sicherungsgeschäfts ist ausgeschlossen.

Im Fall der Kollusion können sich die Vorschriften der Kapitalerhaltung nicht auf die bösgläubige Bank erstrecken. Dafür bietet § 826 BGB umfangreicheren Schutz an. Beim Verstoß gegen § 826 BGB ist das Rechtsgeschäfts nichtig, damit die Beteiligten das Sicherungsgeschäft aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung rückgängig machen können.

10. Kreditsicherung im Recht der Gesellschafterleistungen

a) Das alte Recht der Gesellschafterdarlehen in Form der §§ 32 a, 32 b GmbHG a.F. einschließlich der in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze wurden durch das MoMiG gestrichen (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG). Die bisher im GmbHG enthaltenen Sonderregelungen über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen werden nun in die Insolvenzordnung und das Anfechtungsgesetz verlagert. Nach den neuen Regelungen der InsO und des AnfG sind Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall grundsätzlich mit Nachrang zu versehen und die Rechtshandlungen zur Erfüllung oder der Besicherung der Forderungen anfechtbar. Mit der insolvenzrechtlichen Anfechtung kann der Insolvenzverwalter einerseits Zahlungen im letzten Jahr vor Stellung des Eröffnungsantrags zur Masse zurückziehen. Andererseits führen die Neuregelungen sogar zu Haftungsverschärfungen, weil der Insolvenzverwalter die Rückzahlung des empfangenen Betrages fordern kann, sofern sie binnen Jahresfrist des Zusammenbruchs der Gesellschaft geleistet wird, auch wenn sich der Gesellschafter in gesunden Zeiten seiner Gesellschaft ein Darlehen hat zurückzahlen lassen und sich damit völlig korrekt verhalten hat.

b) Dem neuen Regelungskonzept entsprechend wird die Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter nun ebenfalls in das Insolvenzrecht fortgeführt. Durch den Verweis auf § 39 I Nr. 5 InsO ist die Sicherheitenbestellung ebenfalls rechtsformneutral ausgestaltet. Insofern fällt die Kreditsicherung durch Gesellschafter nur innerhalb des Insolvenzverfahrens der begünstigten Gesellschaft unter das neue Recht. Wurde ein Drittdarlehen im letzten Jahr vor Antrag auf Eröffnung der Insolvenz an den Gläubiger zurückgezahlt, hat der Gesellschafter die dem Gläubiger von der Gesellschaft gewährten Leistungen zur Insolvenzmasse zu erstatten oder die Sicherheit der Insolvenzmasse zur Verfügung zu stellen (§ 143 Abs. 3 InsO). Die Erstattungsverpflichtung besteht nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürge haftet oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte

Forderung entspricht. Der Gesellschafter kann von der Verpflichtung frei werden, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherheit gedient hatten, der Insolvenzmasse zur Verfügung stellt (§ 143 Abs. 3 InsO). Nach der neuen Bestimmung des § 6a AnfG („Gesicherte Darlehen“) sollen die oben geschilderten Regelungen für die gesellschafterbesichernden Drittdarlehen auch außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten, wenn etwa ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen wird.

Wurde die Forderung des Gläubigers bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht an den Gläubiger zurückgezahlt, muss der Gesellschaftsgläubiger sich nach § 44a InsO zuerst an den besichernden Gesellschafter wenden und kann am Insolvenzverfahren nur mit dem Betrag teilnehmen, mit dem er bei Inanspruchnahme des sicherungsgebenden oder bürgenden Gesellschafters ausgefallen ist.

11. Sicherheitenbestellung durch Gesellschafter im Aktienrecht

Die Anwendung der Kapitalerhaltungsregelungen auf Aktionärsdarlehen ist, wie im GmbH-Recht, nach der neuen Vorschrift in § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG vom Gesetzgeber ausdrücklich verneint. Da auch das neue Recht der Gesellschafterdarlehen im Aktienrecht in die InsO bzw. das AnfG verlagert wird, handelt es sich dabei der Sache nach um einen Anfechtungstatbestand, so dass damit eine Rechtsformneutralität hergestellt wird. Alle Regelungen des neuen Rechts der Gesellschafterleistung gelten künftig nicht nur für die GmbH, sondern auch rechtsformübergreifend für alle deutschen Gesellschaften, soweit das Insolvenzrecht auf sie anwendbar ist. Insofern sind die Aktionärsdarlehen einschließlich der Sicherheitenbestellung durch den Aktionär nach dem Erlass des MoMiG nach den oben geschilderten insolvenzrechtlichen Vorschriften wie die Gesellschafterdarlehen im GmbH-Recht zu behandeln.

12. Sicherheitenbestellung durch die Gesellschaft als Missbrauch der Vertretungsmacht

Im Fall der verdeckten Gewinnausschüttung werden neben dem Grundsatz der Kapitalerhaltung auch häufig die Regelungen der gesellschaftlichen Kompetenzverteilung erwähnt, da für die Gewinnverwendung die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung zuständig ist. Bei der verdeckten Gewinnverwendung ohne Zustimmung der Gesellschafter geht die Ausschüttung über die Kompetenz der Verwaltung hinaus und das der Ausschüttung zugrundeliegende Rechtsgeschäft ist nach

§§ 177 ff. BGB schwebend unwirksam. Bezieht sich dies auf ein Rechtsgeschäft mit einem gesellschaftsfremden Dritten, hat dieser die Rechtsfolge gegen sich gelten zu lassen, wenn er die Überschreitung der Vertretungsmacht kennt.

Im vorliegenden Sachverhalt soll der sicherungsnehmende Dritte an die interne Beschränkung der Vertretungsmacht der sicherungsgebenden Gesellschaft gebunden sein, wenn ihm offenkundig ist, dass es dabei um eine verdeckte Gewinnausschüttung geht. Dafür ist entscheidend, ob die Gesellschafterstellung des Kreditnehmers für den sicherungsnehmenden Dritten erkennbar ist. Kennt der Drittkreditgeber die Gesellschaftereigenschaft des Kreditnehmers, muss er auch auf die Kompetenzverteilung achten. Ohne Zustimmung der Gesellschafter kann er sich dann nicht auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht berufen, wobei die Regeln des Missbrauchs der Vertretungsmacht gelten soll.

Die Regeln der Kapitalerhaltung sollen neben den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht parallel auf die verdeckte Gewinnausschüttung Anwendung finden, da beide Rechtsinstitutionen unterschiedliche Normzwecke sowie Anwendungsbereiche haben.

13. Kreditsicherung gegen die Treuepflicht

Im vorliegenden Sachverhalt kann das Sicherungsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Dritten unter der Einflussnahme eines Mehrheitsgesellschafters entweder durch die Entscheidung auf Gesellschaftsverwaltungsebene oder durch einen Gesellschafterbeschluss bestimmt werden und dadurch die mitgliedschaftliche Treuepflicht verletzt werden. Bei Vorliegen einer Treuepflichtsverletzung wird dem Minderheitsgesellschafter ein Anspruch auf Unterlassung der Verletzungsmaßnahme oder Beseitigung des verletzenden Zustandes gegen die Gesellschaft eingeräumt. Dies bezieht sich aber nicht auf ein Geschäft mit einem gesellschaftsfremden Dritten.

Handelt ein Gesellschafter treuwidrig und verursacht dadurch der Gesellschaft oder den anderen Mitgesellschaftern einen Schaden, so ist er zum Schadensersatz diesen gegenüber verpflichtet. Als Folge hat er damit den bisherigen Vermögensstand der Gesellschaft wieder herzustellen. Der durch treuwidriges Handeln der Gesellschafter bewirkte Gesellschafterbeschluss ist rechtswidrig und deshalb unbeachtlich.

Allerdings gilt dies im Regelfall nicht für den gesellschaftsfremden Kreditgeber, da er kein Adressat der Treuepflicht ist, es sei denn, dass er etwa durch die Ausübung des Stimmrechts, das auf dem Depotrecht beruht, die Gesellschaft zur dieser Maßnahme veranlasst.

14. Kreditsicherung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

Was den Gleichbehandlungsgrundsatz betrifft, gilt neben der gesetzlichen Bestimmung von § 53 a AktG das in der Rechtsprechung und im Schrifttum entwickelte Gleichbehandlungsgebot auch seit Erscheinen dieser Vorschrift weiter. Dieser Grundsatz gehört zu den Grundlagen des allgemeinen Verbandsrechts und soll für Gesellschaften m.b.H. sowie Aktiengesellschaften gelten. Verboten ist danach nur die unsachliche Differenzierung zwischen den Gesellschaftern, die aus gesellschaftsfremden Motiven verursacht wird. Bei der Sicherheitsbestellung durch die Gesellschaft zugunsten von Gesellschaftern handelt es sich um den Erwerb eines Sondervorteils des kreditnehmenden Gesellschafters. Dies führt zu einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und hat den Anspruch auf Anfechtung, Unterlassung oder Schadensersatz zur Folge. Allerdings kommt dabei keine Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit des Sicherungsgeschäfts in Betracht. Der sicherungsnehmende Kreditgeber ist kein Adressat dieses Gebots, somit kann die Gesellschaft sich ihm gegenüber nicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung berufen.

15. Kreditsicherung gegen § 117 AktG

Der Schadensersatzanspruch aus § 117 AktG ist deliktischer Natur. Dabei kann man von einem allgemeinen verbandsrechtlichen Deliktatbestand ausgehen, so dass diese aktienrechtliche Bestimmung auch für die GmbH analog Anwendung finden soll. Im vorliegenden Sachverhalt kann neben dem Gesellschafter, der die leitenden Personen der Gesellschaft unmittelbar zur Sicherheitenbestellung veranlasst, auch der sicherungsnehmende Kreditgeber als Normadressat zum Schadensersatz verpflichtet werden, wenn er eine faktische Machtstellung hat. Außerdem erlangt der Kreditgeber aufgrund der Kreditsicherheit einen Vorteil und soll damit auch nach § 117 Abs. 3 AktG haften, wenn er die Veranlassung zur Nutzung des Einflusses seitens des kreditnehmenden Gesellschafters annimmt.

Beim Verstoß gegen § 117 AktG haftet der Veranlasser neben § 826 BGB nach § 830 Abs. 2 BGB. Inhalt und Umfang des Schadensersatzes sind nach §§ 249 ff. BGB festzustellen. Danach ist dem Schuldner der Zustand, der ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre, herzustellen. Im vorliegenden Sachverhalt ist die Gesellschaft gegenüber dem sicherungsnehmenden Kreditgeber berechtigt, Befreiung von dem Sicherungsgeschäft in Anspruch zu nehmen. Wird die Sicherheit von dem

Sicherungsnehmer in Anspruch genommen, kann die sicherungsgebende Gesellschaft entweder gegenüber dem kreditnehmenden Gesellschafter oder dem gesellschaftsfremden Kreditgeber Schadensersatz verlangen. Allerdings ist ein Anspruch auf Rückgängigmachung des Sicherungsgeschäfts seitens der Gesellschaft ausgeschlossen. Insofern hat die Kreditsicherung durch die Gesellschaft für die Bank keine Bedeutung mehr. Denn bei Inanspruchnahme der Sicherheit wegen Ausfalls der Forderung gegen die Kreditnehmer-Gesellschafter hat die Bank wiederum den dadurch entstehenden Schaden der sicherungsgebenden Gesellschaft zu ersetzen, sodass sie schließlich selbst das Risiko der Kreditgewährung wie im Falle ohne eine Kreditsicherung tragen muss.

16. Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen im Vertragskonzern

a) Die Regelungen der Kapitalerhaltung:

Nach §§ 291 Abs. 3, 57 Abs. 1 Satz 3 AktG finden §§ 57, 58, 60 AktG im Vertragskonzern keine Anwendung. Dabei ist die Haftung aus §§ 57, 58, 60 AktG bei der Verlagerung des Gesellschaftsvermögens an andere verbundene Unternehmen durch das Einflussnahme- bzw. Weisungsrecht der Muttergesellschaft ausgeschlossen. Dabei entsteht lediglich die Haftung aus §§ 302, 303 AktG. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Einflussnahme bzw. die Weisung der Konzernmutter rechtmäßig ist. Ist die Vermögenszuwendung der (Tochter-)Gesellschaft durch eine rechtswidrige Weisung der Konzernmutter geschehen, findet § 291 Abs. 3 AktG keine Anwendung, sondern greifen weiterhin §§ 57 ff. AktG. In diesem Fall haftet die Muttergesellschaft neben der Haftung aus §§ 302, 303 AktG noch für die Verletzung des Grundsatzes der Kapitalerhaltung nach §§ 57, 58, 60 AktG. Die Weisungen sind als rechtswidrig zu qualifizieren, wenn die wirtschaftliche Existenz der Tochtergesellschaft dadurch gefährdet wird oder wenn bei der Weisungserteilung die §§ 302, 303 AktG wegen der Vermögenslosigkeit der Mutter keinen Schutz bieten können. In diesem Fall entsteht nach §§ 57, 58, 60 AktG eine Verpflichtung zur Rückerstattung der empfangenen Leistung seitens des begünstigten Gesellschafters. §§ 57 ff. AktG beziehen sich nur auf den dadurch begünstigten Gesellschafter und wirken sich im Prinzip nicht auf das Rechtsgeschäft mit einem Dritten aus, so dass sie für den sicherungsnehmenden Kreditgeber irrelevant sind. Das Verhältnis zwischen dem Recht der Kapitalerhaltung im Aktienrecht und dem des Konzernrechts ist insofern nur für die Konzernmutter bzw. andere begünstigte Konzerngesellschaft von Bedeutung, nicht aber für den Kreditgeber.

Obwohl es im GmbHG an speziellen Vorschriften wie § 291 AktG fehlt, ist das

Problem der Anwendbarkeit von §§ 30, 31 GmbHG auf die Gesellschaftsleistungen an verbundene Unternehmen im GmbH-Vertragskonzern wie im Aktien-Vertragskonzern zu behandeln. Dies ist nach der Einführung des MoMiG in der Neufassung des § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG vorgeschrieben. Danach finden die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG im Fall der nachteiligen Maßnahme durch rechtmäßige Weisung der Konzernmutter auf den GmbH-Vertragskonzern keine Anwendung. Was sonst für die Konzernmutter und für den sicherungsnehmenden Kreditgeber im Aktien-Vertragskonzern gilt, soll auch im GmbH-Vertragskonzern gelten.

b) Das Recht der Gesellschafterleistung:

Da die Neuregelungen über die Gesellschafterleistung in das Insolvenzrecht verlagern, sollen sie theoretisch auf die Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter im Vertragskonzern Anwendung finden. Sie haben jedoch weniger praktische Bedeutung, da die abhängige Gesellschaft während der Dauer des Vertrages immer (wenigstens) mit einem ausgeglichenen Ergebnis abschließt und damit eine Insolvenz ausgeschlossen ist. Allerdings entsteht der Anspruch auf Verlustübernahme erst mit Abschluss des Geschäftsjahres, in dem der Jahresfehlbetrag eingetreten ist, so dass sich Probleme aus einer etwaigen Illiquidität der abhängigen Gesellschaft in der Zeit vor dem Verlustausgleich ergeben können. Wird die Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit der abhängigen Gesellschaft während des laufenden Geschäftsjahres ernsthaft bedroht, kann die abhängige Gesellschaft die Abschlagszahlungen auf den erst mit Ende des Geschäftsjahres fällig werdenden Verlustausgleich verlangen. Im Ergebnis ist kein Raum für die Anwendung des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen im Vertragskonzern.

c) Beschränkung der Gesellschafterrechte:

1) Der Missbrauch der Vertretungsmacht: Im vorliegenden Sachverhalt beziehen sich die nachteiligen Weisungen zum Abschluss eines Sicherungsgeschäfts mit einem Dritten auf die Verwaltung der Tochtergesellschaft. Dabei kann es um eine Ergebnisverwendung gehen, die jedoch nicht zu den Angelegenheiten der Geschäftsführung gehört, so dass eine eventuelle Verletzung der Kompetenz der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung im Vertragskonzern nicht durch das Weisungsrecht der Obergesellschaft kompensiert werden kann. Eine vertragliche Erweiterung des Weisungsrechts der Obergesellschaft über den Rahmen des § 308 AktG hinaus ist unwirksam. Wird im Vertragskonzern neben dem Beherrschungsvertrag auch ein Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen, kann die Obergesellschaft die Abführung des gesamten Gewinns der abhängigen Gesellschaft verlangen, wobei die erforderliche Zustimmung zur Gewinnverteilung durch die beim

Abschluss des Gewinnabführungsvertrags erforderliche Zustimmung der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung voraussichtlich gegeben ist. Insofern findet der Grundsatz des Missbrauchs der Vertretungsmacht keine Anwendung im Vertragskonzern. Dies bietet dem sicherungsnehmenden Kreditinstitut mehr Schutz, da es dadurch nicht dafür zu sorgen braucht, dass das Sicherungsgeschäft wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam werden könnte.

2) Die Treuepflicht: Der Gesellschaftszweck kann durch einen Beherrschungsvertrag so verändert werden, dass die Gesellschaft dem Interesse des herrschenden Unternehmens dient, etwa durch einen schwerwiegenden Eingriff in die Mitverwaltungsrechte und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter. Das durch die mitgliedschaftliche Treubindung geschützte Interesse, entweder von der Gesellschaft selbst oder von den anderen Gesellschaftern, ist durch den Ausgleichs- bzw. Abfindungsanspruch gem. §§ 304 f. AktG gewährleistet. Demzufolge kann man davon ausgehen, dass die Treuepflicht den speziellen Wertungen und Schutzmechanismen der §§ 291 ff. unterliegt, womit auch der Erwerb von Sondervorteilen seitens der Obergesellschaft zulässig ist. Ausnahmsweise kann eine Verletzung der Treuepflicht im Vertragskonzern vorliegen, wenn die Weisung der Obergesellschaft nicht von dem Beherrschungsvertrag legitimiert werden kann, etwa weil sie nicht dem Konzerninteresse dient oder sie die Existenz der abhängigen Gesellschaft gefährdet. Im vorliegenden Sachverhalt bleibt dies jedoch nur innerhalb des Verhältnisses zwischen der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft und den mittelbar oder unmittelbar begünstigten verbundenen Unternehmen und hat keinen Bezug auf das Sicherungsgeschäft mit dem konzernfremden Kreditinstitut.

3) § 117 AktG: Die Haftung aus § 117 AktG ist im Aktienkonzernrecht ausdrücklich ausgeschlossen, wenn die schädigende Handlung durch Ausübung der Leitungsmacht auf Grund eines Beherrschungsvertrags vorgenommen wurde (§ 117 Abs. 7 Nr. 2 AktG). Obwohl § 117 AktG auch auf die Gesellschaften m.b.H. analog anwendbar ist, soll die Anwendung dieser Vorschrift auch im GmbH-Vertragskonzern ausgeschlossen werden. Damit brauchen die Muttergesellschaft und das sicherungsnehmende Kreditinstitut nur auf die konzernrechtlichen Regelungen zu achten.

17. Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen im faktischen Konzern

a) Kapitalerhaltung: Im faktischen Konzern treten §§ 57 ff. AktG zurück, wenn die Nachteile nach § 311 AktG rechtmäßig und rechtzeitig ausgeglichen werden. Unterbleibt der Nachteilsausgleich, so ist die Rechtswidrigkeit der nachteiligen

Veranlassung durch die Obergesellschaft endgültig festzustellen, damit die Pflicht zum Schadensersatz nach § 317 AktG in Betracht kommt. Nach der im Schrifttum ganz überwiegenden Ansicht sind die allgemeinen Vorschriften über die Kapitalerhaltung von § 317 AktG nicht verdrängt, sondern ergänzt.

Im GmbH-Konzern beruht die Konzernhaftung bei den nachteiligen Veranlassungen der Muttergesellschaft auf der allgemeinen mitgliedschaftlichen Treubindung. §§ 311, 317 AktG finden dabei keine analoge Anwendung, so dass es an einer Legitimationsgrundlage durch Nachteilsausgleich fehlt. Insofern kann auch ein Ersatz der allgemeinen Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG durch die Spezialnorm nicht in Betracht kommen. Beim Verhältnis beider Anspruchsgrundlagen wird auf die gesellschaftsrechtliche Ebene abgestellt. Sie sollen nebeneinander auf den faktischen GmbH-Konzern Anwendung finden, da sie unterschiedlich im Zweck, in den Tatbeständen, den Schutzgegenständen sowie in der Rechtsfolge sind. Im vorliegenden Sachverhalt ist dies für den Kreditgeber von geringerer Bedeutung. Eine Rückgängigmachung des Sicherungsgeschäfts zwischen der Tochter und einem konzernfremden Kreditgeber ist auch unter Berücksichtigung beider Rechtsinstitutionen ausgeschlossen. Nach der Neufassung des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sollen §§ 30 f. GmbHG im Fall der Treupflichtverletzung nicht gelten, soweit der Schadensersatzanspruch wegen Treupflichtverletzung vollwertig ist, also wenn das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH dadurch geschützt wird. Allerdings wird die Wirkung des Sicherungsgeschäfts zwischen der Tochter und dem Kreditinstitut nicht berührt, weil sich § 31 GmbHG auf ein solches Drittgeschäft nicht auswirkt. Im Ergebnis steht der Tochtergesellschaft lediglich ein Anspruch auf Geldersatz gegen die Muttergesellschaft zu.

b) Gesellschafterleistung: Im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen handelt es sich auf der Seite des Gläubigers der Untergesellschaft um die Nachrangigkeit der Forderung aus dem gesellschafterbesichernden Drittdarlehen und auf der Seite des besichernden Gesellschafters (Obergesellschaft) um die Erstattungsverpflichtung des besichernden Gesellschafters im Insolvenzverfahren der abhängigen Gesellschaft. Für die Anwendung der §§ 311 ff. AktG ist erforderlich, dass die unter der Veranlassung des herrschenden Unternehmens von dem Vorstand der abhängigen AG vorgenommenen Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen nachteiligen Charakter haben. Zahlt die Tochter das Drittdarlehen zurück, wird sie von ihrer Verbindlichkeit gegenüber dem leistungsempfangenden Gläubiger (Darlehensgeber) befreit, so dass dadurch kein Nachteil i.S.d. § 311 AktG entsteht. Da die Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter eine Gesellschafterleistung darstellt, führt die Rückzahlung des

gesellschafterbesichernden Drittdarlehens im letzten Jahr vor der Insolvenzantragsstellung nach den neuen Regelungen des MoMiG nur zur Erstattungs haftung der Muttergesellschaft. Dies soll auch für den faktischen GmbH-Konzern gelten, der auf dem mitgliedschaftlichen Treuegebot beruht und zur Begründung einer Haftung zum Schadensersatz des Erwerbs von Sondervorteilen bedarf. Im Ergebnis findet auf die Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter im faktischen Konzern lediglich das neue Recht der Gesellschafterdarlehen Anwendung.

c) Beschränkung der Gesellschafterrechte

1) Der Missbrauch der Vertretungsmacht

Im Fall des nachteiligen Rechtsgeschäfts seitens einer abhängigen AG, das durch die Obergesellschaft ohne Zustimmung der Hauptversammlung veranlasst wird, kommt im einfachen faktischen Aktienkonzern neben der Konzernhaftung nach §§ 311, 317 AktG auch eine Verletzung der gesellschaftlichen Kompetenzverteilung in Betracht. Hierbei hat die konzernrechtliche Regelung keinen Vorrang vor der gesellschaftsrechtlichen bzw. der bürgerrechtlichen Regelung. Denn die beiden Rechtsinstitute haben verschiedene Zwecke, Regelungsgegenstände und Rechtsfolgen, so dass sie unter den jeweiligen Voraussetzungen nebeneinander gelten sollen. Nichts anderes gilt auch im einfachen faktischen GmbH-Konzern, wo die Konzernhaftung auf der mitgliedschaftlichen Treuepflicht beruht.

Im vorliegenden Sachverhalt wirkt sich die konzernrechtliche Regelung bezüglich des Sicherungsgeschäfts einerseits zwar nicht unmittelbar aus. Andererseits verdrängt sie aber die Regelung der Kompetenzverteilung auch nicht, die gerade für das Kreditinstitut eine negative Auswirkung haben kann. Für die Muttergesellschaft ist hierbei allerdings nur die konzernrechtliche Regelung relevant, da sie kein Adressat des Missbrauchs der Vertretungsmacht ist.

2) Die Verletzung der Treuepflicht

Da das Recht des einfachen faktischen GmbH-Konzerns auf der mitgliedschaftlichen Treuepflicht beruht, besteht dabei kein Konkurrenzproblem zwischen den gesellschaftsrechtlichen und konzernrechtlichen Regelungen. Im einfachen faktischen Aktienkonzern greift das Recht der Treuepflichtsverletzungen nur dann, soweit die tatbeständliche Voraussetzung der §§ 311 ff. AktG als *leges specialis* nicht erfüllt ist. Allerdings haben die beiden Rechtsinstitutionen keine Auswirkung auf ein Drittgeschäft, das unter der Veranlassung der Konzernmutter durchgeführt wird. In vorliegender Arbeit wird das Sicherungsgeschäft zwischen der Tochtergesellschaft und dem Kreditinstitut davon nicht berührt.

3) Der Gleichbehandlungsgrundsatz

Bei dem Gleichbehandlungsgrundsatz geht es um die Angelegenheiten der Gesellschaftsorgane, etwa um die Beschlüsse der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung oder um die Handlungen der Verwaltung. Adressaten dieses Gebots sind somit die Mitglieder der Verwaltung und die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung, nicht aber der begünstigte Gesellschafter. Dabei kommt es ausschließlich auf die objektiven Elemente an. Im einfachen faktischen GmbH-Konzern gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz weiterhin neben der Treubindung. Nimmt man § 317 AktG als konzernrechtliche Sondervorschrift der Treuepflichtverletzung an, soll es auch im Aktienkonzern zu demselben Ergebnis wie im GmbH-Konzern kommen. Dies ist allerdings in vorliegender Arbeit für das sicherungsnehmende Kreditinstitut ohne Bedeutung.

4) § 117 AktG

§§ 311 ff. AktG als *leges specialis* des allgemeinen Schädigungsverbots schließen die Vorschriften über das allgemeine Schädigungsverbot im Anwendungsbereich der §§ 311 ff. AktG aus. Unter das allgemeine Schädigungsverbot fällt auch § 117 AktG. Demzufolge findet § 117 AktG keine Anwendung, wenn der durch die nachteilige Einflussnahme der Muttergesellschaft verursachte Schaden nach § 311 AktG ausgeglichen wird. Wird der Schaden nicht rechtmäßig nach § 311 AktG ausgeglichen, verpflichtet sich der tätige Aktionär nach § 317 AktG zum Schadensersatz. In diesem Fall soll die Haftung aus § 117 AktG angesichts ihrer engeren tatbeständlichen Voraussetzung auch von der des § 317 AktG gedeckt werden. Allerdings lebt die Anwendung des § 117 AktG wieder auf, wenn der Schutzmechanismus § 317 AktG nicht reicht, etwa zur Haftung eines außenstehenden Dritten oder des Nutznießers. Die beiden Vorschriften haben deliktsrechtlichen Charakter und können von den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft geltend gemacht werden, sofern diese bei der abhängigen Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG, 117 Abs. 5 AktG). Da § 117 AktG im GmbH-Recht nicht analog anwendbar ist, kommt diese Überlegung im einfachen faktischen GmbH-Konzern nicht in Betracht.

18. Gesellschaftsrechtliche Regeln und die Existenzvernichtungshaftung

a) Verhältnis mit den Kapitalerhaltungsregelungen: Der BGH hat sich im Trihotel-Urteil auf § 826 BGB als Anspruchsgrundlage für die Existenzvernichtungshaftung festgelegt und geht davon aus, dass ein solcher Anspruch gegenüber

Erstattungsansprüchen aus §§ 31, 30 GmbHG nicht subsidiär ist, sondern vielmehr in einer freien Anspruchsgrundlagenkonkurrenz neben den Ansprüchen des GmbHG steht. Dies soll auch für die Aktiengesellschaft gelten. Denn wird die Existenzvernichtungshaftung einerseits nunmehr auf § 826 BGB gestützt, sind keine Gründe ersichtlich, warum nur die Gesellschafter einer GmbH, nicht aber die Aktionäre einer AG einer solchen deliktischen Haftung unterliegen können sollen.

b) Verhältnis mit dem Recht der Gesellschafterleistung: Im Prinzip stellt die Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter keinen Eingriff in das Vermögen der abhängigen Gesellschaft dar, weil die abhängige Gesellschaft in diesem Fall begünstigt ist. Damit ist kein Raum für die Anwendung der Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung. Eine Anwendungskonkurrenz zwischen dem neuen Recht der Gesellschafterleistung und den Grundsätzen der existenzvernichtenden Eingriffe könnte in Betracht kommen, wenn die Forderung auf Rückzahlung des Drittdarlehens im letzten Jahr vor Insolvenzantragsstellung durch Leistung der (abhängigen) Gesellschaft an den Gläubiger (Darlehensgeber) befriedigt und die Gesellschaft dadurch insolvent wird. Im Fall der Rückzahlung des gesellschafterbesichernden Drittdarlehens ist der sicherheitsgebende Gesellschafter durch die Befreiung von seiner Verpflichtung aus der Kreditsicherung begünstigt, so dass die Veranlassung auf Rückzahlung eines Drittdarlehens durch den Gesellschafter nach der Ausführung des BGH als existenzvernichtender Eingriff zu qualifizieren ist, soweit die Insolvenz der (abhängigen) Gesellschaft durch die Rückzahlung verursacht oder vertieft wird. Bei Erfüllung der jeweiligen Tatbestände sollen die beiden Rechtsinstitute nebeneinander Anwendung finden, weil sie auf unterschiedlichen Rechtsgedanken und -grundlagen beruhen. Während das neue Recht der Gesellschafterleistung insolvenzrechtlicher Natur ist und die nachrangige Stellung der Forderungen des Gesellschafters im Insolvenzverfahren den Kerngedanken des Rechts darstellt, geht es bei den Grundsätzen der existenzvernichtenden Eingriffe um eine auf allgemeinem Deliktsrecht beruhende Verhaltenshaftung des (herrschenden) Gesellschafters.

c) Verhältnis mit den Beschränkungen der Gesellschafterrechte: Nach der jüngsten Trihotel-Entscheidung des BGH beruhen die Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung auf § 826 BGH, so dass es sich um einen Anspruch auf Schadensersatz aus allgemeinem Bürgerrecht handelt. Da § 117 AktG mit § 826 BGB konkurrierend zur Anwendung kommen soll, bestehen beide Begründungswege nebeneinander. Dies soll auch beim Verhältnis mit den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht, der Treuepflichtsverletzung bzw.

der Gleichbehandlung so sein.

19. Upstream-Besicherung durch die Tochtergesellschaft

a) Keine Auswirkung der konzernrechtlichen Regelung auf das Sicherungsgeschäft:
Bei der Bestellung einer Sicherheit durch die Tochtergesellschaft für einen Kredit an die Muttergesellschaft ist der Kreditgeber zugleich der Gläubiger der Muttergesellschaft und der Sicherungsgläubiger der Tochtergesellschaft. Der Gläubigerschutz erfolgt entweder unmittelbar durch die Einräumung eines Anspruchs auf Sicherheitsleistung (§ 303 AktG) oder mittelbar durch die Gewährleistung des Vermögens der Untergesellschaft, etwa durch die Verpflichtung der Muttergesellschaft zur Verlustübernahme (§ 302 AktG) oder zum Nachteilsausgleich (§ 311 AktG) bzw. zum Schadensersatz (§ 317 AktG). Solche konzernrechtlichen Vorschriften haben aber keine Auswirkung auf ein Geschäft zwischen der Tochter und einem Dritten, so dass sie die Rechtsstellung des Kreditgebers im Sicherungsverhältnis mit der Tochtergesellschaft nicht berühren.

b) Keine Auswirkung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes auf das Sicherungsgeschäft:
Das Kapitalerhaltungsrecht richtet sich grundsätzlich auf die Gesellschafter und hat im Prinzip keine Auswirkung auf den konzernfremden Sicherungsnehmer-Kreditgeber. Die Ansicht, dass sich der Kapitalerhaltungsgrundsatz auf den sicherungsnehmenden Kreditgeber bei der Kollusion, also beim bewusst schädigenden Zusammenwirken von dem Kreditgeber und der Muttergesellschaft, erstreckt, ist nicht überzeugend, da es bei der Kapitalerhaltung nicht auf subjektive Elemente ankommt. Eine mögliche Einbeziehung der sicherungsnehmenden Bank in die Haftung wegen des Verstoßes gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz kommt nur dann in Betracht, wenn die Bank als ein verbundenes Unternehmen der Muttergesellschaft zu betrachten ist. Insofern geht es um eine konzerninterne Finanzierung, die jedoch in vorliegender Arbeit nicht behandelt wird.

c) Eventuelle Auswirkung wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht: Das Sicherungsgeschäft zwischen der Bank und der Tochtergesellschaft kann wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht nichtig sein, wenn die Bank die Gesellschaftereigenschaft der kreditnehmenden Muttergesellschaft gegenüber der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft erkennt oder zu erkennen hat. Damit kann sie auch die Qualifizierung des Sicherungsgeschäfts als eine verdeckte Gewinnausschüttung erkennen. Dies ist in der Praxis der konzernexternen Finanzierung häufig der Fall, so dass die Bank bei der Kreditsicherung durch eine

Tochtergesellschaft der kreditnehmenden Muttergesellschaft darauf achten muss, ob die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung der Tochtergesellschaft dem Sicherungsgeschäft zustimmt. Ohne Zustimmung der Gesellschafter kann sie sich dann nicht auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht berufen.

d) Die eventuelle Auswirkung aus dem bürgerlichen Recht: Da ein Gläubiger der Konzernmutter durch die Sicherheitenbestellung der Tochtergesellschaft die strukturelle Nachrangigkeit überwinden und sich den direkten Eingriff in das Vermögen der Tochtergesellschaft verschaffen kann, werden die Vermögensinteressen der Tochtergläubiger gefährdet, so dass das Sicherungsgeschäft wegen Gläubigergefährdung nach § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig sein kann. Nach den BGH-Entscheidungen setzt dies allerdings die Erkenntnis der Parteien des Sicherungsgeschäfts darüber voraus, dass neue Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht würden und dadurch Schaden erleiden könnten. Nicht erforderlich ist die Kenntnis des Kreditgebers darüber, dass der Kreditnehmer ein Gesellschafter der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft ist und die Sicherheitenbestellung die Kapitalbindung verletzt, da die Anwendung des § 138 BGB nicht von der tatbeständlichen Voraussetzung der Regelung über die Kapitalerhaltung begrenzt wird. Die Unwirksamkeit des Sicherungsgeschäfts zwischen dem Kreditgeber und der Tochtergesellschaft kann außerdem wegen Schuldnerknebelung nach § 138 BGB in Betracht kommen, wenn dadurch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Tochtergesellschaft ganz oder zu einem wesentlichen Teil gelähmt wird, wobei die Auswirkung der Kreditsicherung auf ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit und der Umfang der konkreten Sicherheiten zu beachten sind. Eine Schuldnerknebelung ist ausgeschlossen, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft durch die Weiterleitung der von der Muttergesellschaft aufgenommenen Kreditmittel in angemessenem Umfang sichergestellt wird.

Die auf § 826 BGB beruhenden Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung finden im Vertragskonzern keine Anwendung, da aufgrund der Verlustübernahmepflicht der Obergesellschaft nach § 302 AktG die Tochtergesellschaft im Prinzip nicht insolvent werden kann. Im faktischen Konzern finden die Grundsätze der existenzvernichtenden Eingriffe Anwendung, soweit die Sicherheitenbestellung zur Insolvenz der Tochtergesellschaft führt. Darüber hinaus haftet der Kreditgeber nach § 826 BGB, wenn er vorsätzlich mit der Muttergesellschaft bei dem Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften durch die Sicherheitenbestellung der Tochtergesellschaft zusammenwirkt. Dies setzt voraus, dass der Kreditgeber über den

Gesellschaftercharakter der kreditnehmenden Muttergesellschaft und die Eigenschaft des Sicherungsgeschäfts als Gesellschaftergeschäft Kenntnis hat, wobei der Kreditgeber die Prüfungspflicht nach §§ 18, 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KWG zu beachten hat. Fehlt es an einem vorsätzlichen Zusammenwirken, ist eine Kollusion ausgeschlossen. Zu beachten ist, dass der Kollusionsfall keine besondere Ausdehnung der Auswirkung des Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschrift darstellt. Das Vorliegen der Verletzung des Kapitalerhaltungsgebots ist lediglich der Beurteilungsmaßstab. Rechtsgrundlage der Haftung des sicherungsnehmenden Kreditgebers bleibt § 826 BGB. Danach verpflichtet sich der Kreditgeber zum Schadensersatz, wobei in erster Linie die Wiederherstellung des Vermögenszustandes der sicherungsgebenden Tochtergesellschaft in Betracht kommt. Dies bedeutet jedoch nicht unbedingt, dass der Kreditgeber das Sicherungsgeschäft rückgängig machen muss. Ihm steht ein Wahlrecht zu, auf welche Weise er den Vermögenszustand der Tochtergesellschaft vor dem Sicherungsgeschäft wiederherstellt.

20. Upstream-Besicherung durch eine Enkelgesellschaft

a) Das Verhältnis zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft: Bei der Besicherung eines konzernexternen Kredits an die Konzernmutter durch eine Enkelgesellschaft hängt die Haftung der Tochtergesellschaft davon ab, ob sie bei der Kreditsicherung zusammengewirkt hat. Eine Haftung der Tochtergesellschaft gegenüber der Enkelgesellschaft kommt nicht in Betracht, wenn die Kreditsicherung nicht durch Veranlassung der Tochtergesellschaft, sondern durch die unmittelbare Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die sicherungsgebende Enkelgesellschaft erfolgt. Hat die Tochtergesellschaft die Kreditsicherung mutmaßlich veranlasst, ist diese Kreditsicherung als eine Leistung an einen dem herrschenden Unternehmen (Tochter) nahestehenden Dritten (Mutter) zu betrachten, so dass die Leistung in Form einer Kreditsicherung der Tochtergesellschaft zuzurechnen ist. In diesem Fall haftet die Tochtergesellschaft gegenüber der Enkelgesellschaft wie eine Muttergesellschaft gegenüber ihrer Tochtergesellschaft. In diesem Fall haftet die Tochtergesellschaft nur nach §§ 302, 303 AktG, wenn zwischen ihr und der Enkelgesellschaft ein Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrag besteht. Eine Haftung wegen des Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften kommt nach §§ 57 Abs. 1 Satz 3, 291 AktG nicht in Betracht, dabei scheiden auch die Haftungen wegen des Missbrauchs der Vertretungsmacht sowie die Haftung wegen Treuepflichtsverletzung oder nach § 117 AktG aus.

Besteht kein derartiger Unternehmensvertrag zwischen der Tochtergesellschaft und

der Enkelgesellschaft, unterscheidet sich die Haftung der Tochtergesellschaft je nach der Rechtsform der Enkelgesellschaft. Ist die Enkelgesellschaft eine AG, ist die Haftung der Tochtergesellschaft aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften, der Treuebindung, des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie die Haftung nach § 117 AktG ausgeschlossen, wenn sie den durch die Kreditsicherung entstehenden Nachteil bei der Enkelgesellschaft nach § 311 AktG ausgleicht. Ist dieser Nachteilsausgleich nicht geschehen, verpflichtet sich die Tochtergesellschaft neben diesen Rechtsinstituten nach § 317 AktG gegenüber der Enkelgesellschaft zum Schadensersatz. Anderes gilt, wenn die Enkelgesellschaft eine GmbH ist. Dabei verpflichtet sich die Tochtergesellschaft auf Grundlage der Treuepflichtsverletzung und des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Enkelgesellschaft gegenüber zum Schadensersatz. Dazu kommt noch eine Pflicht zur Rückerstattung der geleisteten Auszahlung nach §§ 30, 31 GmbHG, die jedoch ihrem Umfang nach begrenzter als die Schadensersatzpflicht nach der Treubindung und dem Gleichbehandlungsgrundsatz ist.

b) Das Verhältnis zwischen der Mutter- und der Enkelgesellschaft: Beim Bestehen eines Unternehmensvertrags zwischen der Mutter- und Enkelgesellschaft handelt es sich zwischen den beiden Gesellschaften um ein typisches „Mutter-Tochter-Verhältnis“ im Vertragskonzern. Möglich ist auch ein Unternehmensvertrag zwischen der Tochter- und Enkelgesellschaft. Theoretisch denkbar, jedoch in der Praxis kaum vorstellbar ist, dass die Konzernmutter bei der Kreditsicherung durch die Enkelgesellschaft keine Einflussnahme ausgeübt hat. Sie haftet nach §§ 302, 303 AktG wie im typischen Vertragskonzern gegenüber einer normalen Tochtergesellschaft. Neben dieser Haftung kann auch eine Haftung der Tochtergesellschaft in Betracht kommen, je nachdem, in welcher Form die Enkel- von der Tochtergesellschaft abhängig ist.

Eine Kreditsicherung durch die Enkelgesellschaft für einen Kredit an die Muttergesellschaft ist in der Praxis ohne ihre Einflussnahme kaum vorstellbar, auch wenn zwischen den beiden Gesellschaften kein Unternehmensvertrag besteht. Die Konzernmutter kann ihre Einflussnahme direkt oder durch die Tochtergesellschaft auf die Enkelgesellschaft ausüben, so dass es dabei um eine einfache faktische Abhängigkeit zwischen der Mutter- und der Enkelgesellschaft geht. Die Konzernmutter haftet im Aktienkonzern nach §§ 311, 317 AktG. Daneben haftet sie auch, je nachdem, ob sie den durch die Kreditsicherung entstehenden Nachteil bei der Enkelgesellschaft ausgeglichen hat oder nicht, nach dem Treuegebot, Gleichbehandlungsgrundsatz und § 117 AktG. Ist die Enkelgesellschaft eine GmbH,

haftet die Muttergesellschaft ihr gegenüber zunächst nach dem Treuegebot, und auch nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz und §§ 30, 31 GmbHG.

Ausnahmsweise sollen auch im Verhältnis zwischen der Mutter- und der Enkelgesellschaft ohne Beherrschungsvertrag die Regeln des Vertragskonzerns Anwendung finden, wenn die Tochtergesellschaft nicht nur mit der Mutter-, sondern auch mit der Enkelgesellschaft Beherrschungsverträge abgeschlossen hat. Danach haftet die Muttergesellschaft nicht für das einzelne Sicherungsgeschäft mit der Enkelgesellschaft, sondern ihr gegenüber nur nach §§ 302 ff. AktG. Dies gilt nicht mehr, wenn nur zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen wird.

c) Das Verhältnis zwischen der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft. Die Tochtergesellschaft könnte die Muttergesellschaft nur beanspruchen, wenn die erstere wegen der Sicherheitenbestellung von der Enkelgesellschaft in Anspruch genommen wird. Besteht zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft ein Beherrschungsvertrag, haftet die Tochter nach §§ 302 ff. AktG, so dass eine Haftung der Tochter für das einzelne nachteilige Rechtsgeschäft der Enkelgesellschaft nicht in Betracht kommt. Dies ist der Fall, wenn die Tochter entweder mit den beiden Gesellschaften oder lediglich mit der Enkelgesellschaft einen Unternehmensvertrag bzw. Unternehmensverträge abgeschlossen hat.

Wird die Tochtergesellschaft aufgrund der faktischen Abhängigkeit von der Enkelgesellschaft in Anspruch genommen, etwa wegen Treuepflichtsverletzung oder wegen des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder gar nach den Kapitalerhaltungsvorschriften, trägt die Tochtergesellschaft das Risiko der Inanspruchnahme von der Enkelgesellschaft und kann sich wegen ihrer einzelnen Kompensation für den Nachteil bzw. Schaden des Enkels nicht an die Muttergesellschaft halten, wenn zwischen ihr und der Muttergesellschaft ein Beherrschungsvertrag vorliegt. Nur wenn im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ein faktischer Konzern vorliegt, kann die Tochter für ihren durch die Inanspruchnahme der Enkelgesellschaft entstehenden Nachteil oder Schaden gegen die Muttergesellschaft die Kompensation verlangen.

21. Downstream-Besicherung durch die Mutter zugunsten der Tochter
Zwar finden §§ 32a, b GmbHG a.F. sowie die in Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nach der Einführung des MoMiG keine Anwendung mehr. Nach neuem

Recht kann der Darlehensgeber einerseits die von der (Unter-)Gesellschaft empfangene Leistung, die zur Tilgung der Verbindlichkeit aus dem Darlehensgeschäft dient, behalten. Andererseits hat er sich zuerst an den besichernden Gesellschafter zu wenden und kann am Insolvenzverfahren nur mit dem Betrag teilnehmen, der bei Inanspruchnahme des sicherungsgebenden oder bürgenden Gesellschafters ausgefallen ist (§ 44a InsO). Dagegen haftet die besichernde Obergesellschaft hauptsächlich für die Verbindlichkeit aus dem Drittdarlehen, indem sie die Inanspruchnahme der Sicherheit oder des Bürgen des Gläubigers befriedigt oder die dem Gläubiger gewährte Leistung zur Insolvenzmasse erstattet, allerdings nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürge haftete oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte Forderung entspricht. Beim Bestehen eines Beherrschungsvertrags zwischen der Ober- und Untergesellschaft gelten jedoch hauptsächlich die Regelungen des Vertragskonzerns (§§ 302, 3203 AktG), so dass die Neuregelungen der Gesellschafterleistung weniger von Bedeutung sind.

Die Veranlassung zur Rückzahlung des Drittdarlehens durch den beherrschenden Gesellschafter (Obergesellschaft) könnte als sittenwidrig qualifiziert werden und zur Existenzvernichtungshaftung führen, wenn durch die Rückzahlung die Insolvenz der (Unter-)Gesellschaft verursacht oder vertieft würde. Da durch die Rückzahlung des Drittdarlehens die Verbindlichkeit der Gesellschaft getilgt wird, also nicht nur die Aktivwerte, sondern auch die Passivwerte der Gesellschaft mindert, und zwar in gleicher Masse, wird die Vermögenslage der Gesellschaft dadurch nicht verschlechtert. Insofern kann nicht durch die Rückzahlung eine Insolvenz verursacht oder vertieft werden, so dass bei der Rückzahlung des Drittdarlehens keine sittenwidrige Schädigung vorliegt, wobei durch den beherrschenden Gesellschafter (Obergesellschaft) die Veranlassung der Untergesellschaft zur Rückzahlung des Drittdarlehens keinen existenzvernichtenden Eingriff darstellen kann.

22. Downstream-Besicherung durch die Mutter zugunsten der Enkel

a) Verhältnis zwischen Mutter- und Enkelgesellschaft: Das neue Recht der Gesellschafterleistung könnte in der Beziehung zwischen der Mutter- und Enkelgesellschaft nur Anwendung finden, wenn dabei ein Zurechnungsverhältnis zwischen der Mutter- und Enkelgesellschaft besteht. Dafür geht der BGH so wie die h.M. davon aus, dass das herrschende Unternehmen mittelbarer Gesellschafter der Enkelgesellschaft sei. Nach der Gesetzesbegründung des MoMiG sind auch diejenigen Gläubiger, die einem Gesellschafter bei wertender Betrachtung gleich

gestellt werden können, als Gesellschafter anzusehen, wobei auch verbundene Unternehmen nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung darunter fallen. Im Ergebnis sollen die Neuregelungen wie bisher auch für die Kreditsicherung durch die Muttergesellschaft zugunsten der Enkelgesellschaft gelten, so dass die Muttergesellschaft in diesem Fall wie ein unmittelbarer Gesellschafter der Enkelgesellschaft auftritt.

b) Verhältnis zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft: Dies ist beim Bestehen eines Beherrschungsvertrags zwischen der Tochter- und der Enkelgesellschaft für die Neuregelungen des Rechts der Gesellschafterleistung weniger von Bedeutung, da eine Insolvenz der Enkelgesellschaft während der Dauer des Beherrschungsvertrags durch den Verlustausgleich der Tochtergesellschaft im Regelfall ausgeschlossen ist. Insofern kann sich durch die Rückzahlung des durch die Muttergesellschaft besichernden Drittdarlehens nichts ändern, gleichgültig, ob die Mutter- oder Tochtergesellschaft dazu Einflussnahme auf die Enkelgesellschaft ausübt. Im Ergebnis gelten dabei nur die konzernrechtlichen Regelungen (§§ 302, 303 AktG). Besteht dagegen kein Beherrschungsvertrag zwischen der Tochter- und Enkelgesellschaft, ist damit kein Raum für die Anwendung der Regelungen des faktischen Konzerns (§§ 311, 317 AktG sowie das Treuegebot im GmbH-Konzern), da die Rückzahlung eines durch die Muttergesellschaft besichernden Drittdarlehens keine nachteilige Maßnahme seitens der Enkelgesellschaft darstellt. Insofern könnten lediglich die Neuregelungen der Gesellschafterleistung gelten. Adressaten sind diejenigen Gesellschafter, die an die Gesellschaft geleistet haben. Für diejenigen Gesellschafter, die nichts an die Gesellschaft geleistet haben, finden dagegen die Neuregelungen keine Anwendung, auch wenn sie mit Mehrheit an der Gesellschaft beteiligt sind, da bei dem neuen Eigenkapitalersatzrecht nicht von der Finanzierungsverantwortung gesprochen wird. Im Ergebnis kommt eine Haftung der Tochtergesellschaft aufgrund der Rückzahlung des durch die Muttergesellschaft besichernden Drittdarlehens nicht in Betracht.

c) Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft: Da die Tochtergesellschaft in diesem Zusammenhang nicht wegen der Rückzahlung des Drittdarlehens von der Enkelgesellschaft in Anspruch genommen werden kann, besteht hierbei keine Schädigung seitens der Tochtergesellschaft, so dass ihr kein Ausgleich bzw. keine Kompensation durch die Muttergesellschaft zusteht.

23. Sidestream-Besicherung

a) Verhältnis zwischen Mutter- und besichernder Tochtergesellschaft: Da hierbei die

beiden Gesellschaften in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, ist das Rechtsverhältnis zwischen ihnen in erster Linie nach konzernrechtlichen Regelungen zu prüfen. Die konzernrechtlichen Regelungen sind bei Sidestream-Besicherung im Rahmen der Konzernfinanzierung anzuwenden, weil dies nicht eine unmittelbare oder mittelbare Begünstigung der Obergesellschaft, sondern eine Weisung bzw. Veranlassung der Obergesellschaft voraussetzt, die zur nachteiligen Maßnahme der Untergesellschaft führt. Ist die Sicherheitenbestellung durch Veranlassung der Muttergesellschaft erfolgt, hat die Muttergesellschaft dann gegenüber der besichernden Tochtergesellschaft im Rahmen der konzernrechtlichen Regelungen wie bei typischer Upstream-Besicherung zu haften. Außerdem ist § 117 AktG bei Sidestream-Besicherung aufgrund der Einflussnahme der Obergesellschaft auf die Untergesellschaft zum schädigenden Handeln stets anzuwenden. Dasselbe soll auch für die Existenzvernichtungshaftung gelten. Da ein verbundenes Unternehmen als Empfänger der Leistung im Rahmen der Grundsätze der Kapitalerhaltung sowie der Treuepflichtsverletzung angesehen werden kann, sind diese Grundsätze anzuwenden, wenn das verbundene Unternehmen die Ausschüttung bzw. Sondervorteile empfängt. Demzufolge sind bei der Kreditsicherung durch eine Schwestergesellschaft die Grundsätze der Kapitalerhaltung so wie der Treuepflichtsverletzung auch auf das Verhältnis zwischen der Mutter- und der besichernden Tochtergesellschaft anwendbar.

b) Verhältnis zwischen Mutter- und begünstigter Tochtergesellschaft: Bezüglich der Sicherheitenbestellung durch den Gesellschafter ist zwar nur die Besicherung eines Drittdarlehens durch den unmittelbaren Gesellschafter im Gesetz ausdrücklich geregelt (§§ 44a, 143 InsO), es beschränken sich die Normadressaten des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen jedoch nicht nur auf die unmittelbaren Gesellschafter. Zu denjenigen, die einem Gesellschafter gleichzustellen sind, zählen auch die verbundenen Unternehmen, so dass auch die Besicherung eines Drittdarlehens durch eine Schwestergesellschaft von den Neuregelungen erfasst werden soll. Da sich einerseits das neue Recht der Gesellschafterleistung auf Nachrangigkeit der Forderung aus der Leistung des Gesellschafters an die Gesellschaft bezieht, es andererseits nunmehr nicht auf den Grundsätzen der Kapitalerhaltung basiert, kann die Muttergesellschaft bei Sidestream-Besicherung nicht vom neuen Recht der Gesellschafterleistung erfasst werden. Sie haftet auch nicht nach dem Konzernrecht, weil die Rückzahlung, wie bei der Erörterung über die typische Downstream-Besicherung dargelegt, keine nachteilige Maßnahme i.S.d. §§ 311, 317 AktG darstellt. Hierbei entsteht eine Regelungslücke, die durch Rechtsprechung und Literatur geschlossen werden soll.

c) Verhältnis zwischen begünstigter Schwestergesellschaft und besichernder Schwestergesellschaft: Wegen des Streits über die Möglichkeit des Zusammentreffens von Unter- und Gleichordnungskonzern ist hierbei zunächst zu unterscheiden, ob dabei eine gemeinsame Muttergesellschaft besteht. Es geht um einen typischen Gleichordnungskonzern, wenn zwischen beiden Gesellschaften keine gemeinsame Muttergesellschaft besteht. In diesem Fall sollte die durch die Kreditsicherung begünstigte Schwestergesellschaft gegenüber der sicherungsgebenden Schwestergesellschaft in erster Linie analog den Regeln des qualifizierten faktischen Konzerns haften, die nach der Auffassung des BGHs aufgegeben und durch die Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung ersetzt werden. Insofern ist das Rechtsverhältnis zwischen den beteiligten Gesellschaften, abgesehen von dem im Vertragskonzern, wie eines bei Upstream-Besicherung im Vertragskonzern, wobei die begünstigte Schwestergesellschaft wie eine Muttergesellschaft zu behandeln ist.

Besteht eine gemeinsame Muttergesellschaft zwischen beiden Schwestergesellschaften, ist die Rechtsbeziehung zwischen den beiden Untergesellschaften aus Sicht der jeweiligen Untergesellschaft je nach den Schutzregelungen zu ermitteln, wobei zum Schutz der besichernden Untergesellschaft eine Upstream-Besicherung und zum Schutz der begünstigten Untergesellschaft eine Downstream-Besicherung bestehen kann.

Da die begünstigte Untergesellschaft gegenüber der besichernden Schwestergesellschaft keine Gesellschafterstelle besetzt und damit keine Einflussmöglichkeit auf die besichernde Gesellschaft hat, sollen die konzernrechtlichen Regelungen, vor allem §§ 311, 317 AktG, auf die Rechtsbeziehung zwischen besichernden und begünstigten Gesellschaften im Prinzip keine Anwendung finden. Dies soll auch für die Anwendung des mitgliedschaftlichen Treuegebots, an das die Regeln des GmbH-Konzerns anknüpfen, gelten. Ferner soll die begünstigte Schwestergesellschaft neben der Muttergesellschaft nach den Kapitalerhaltungsregelungen haften, weil der Kapitalerhaltungsgrundsatz nicht nur Leistungen an das herrschende Unternehmen selbst, sondern auch an mit ihm verbundene Unternehmen erfasst. Die Geltendmachung des daraus entstehenden Rückgewähranspruchs gegen einen Nichtgesellschafter ist beim Bestehen der Konzernverbindung zu bejahen. Darüber hinaus verpflichtet sich die begünstigte Gesellschaft nach § 117 Abs. 3 AktG gegenüber zum Schadensersatz, wenn sie einen Vorteil durch die Kreditsicherung erlangt. Für die Anwendung des § 117 Abs. 3 AktG ist außerdem erforderlich, dass sie die Beeinflussung vorsätzlich veranlasst hat, etwa wenn eines ihrer Organmitglieder um die Handlung weiß und diese will. Für die

Anwendung der Grundsätze der existenzvernichtenden Eingriffe ist hierbei kein Raum, weil eine Schwestergesellschaft keine mittelbare oder unmittelbare Beteiligung an der anderen Schwestergesellschaft hat.

Wurde seitens der begünstigten Untergesellschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet, hat die besichernde Tochter nach den Neuregelungen die durch sie bestellte Sicherheit verwerten zu lassen, falls die Forderung des Gläubigers bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht an den Gläubiger zurückgezahlt worden ist (§ 44a InsO). Nach der Verwertung der Sicherheit stehen der besichernden Untergesellschaft dann Regressansprüche gegen die Gesellschaft zu, die sie entsprechend § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als nachrangiger Gläubiger geltend machen kann. Wurde das Drittdarlehen im letzten Jahr vor Antrag auf Eröffnung der Insolvenz an den Gläubiger zurückgezahlt, hat die besichernde Untergesellschaft die dem Gläubiger gewährte Rückzahlung zur Insolvenzmasse zu erstatten oder die Sicherheit der Insolvenzmasse zur Verfügung zu stellen (§ 143 Abs. 3 InsO).

24. Patronatserklärung

a) Die Patronatserklärungen und das Kapitalersatzrecht.

Bei den Patronatserklärungen geht es um eine atypische Besicherung durch die Muttergesellschaft für Bankkredite an die Tochtergesellschaft. Dabei liegt ein typischer Fall von Downstream-Besicherung vor, wo die Anwendung des Rechts der Gesellschafterleistung in Betracht kommen kann. Für die Qualifizierung einer Patronatserklärung als Gesellschafterleistung muss man zunächst nach der gesetzgeberischen Wertung eine Grenze zwischen „harter“ und „weicher“ Patronatserklärung ziehen. Bei den „weichen“ Patronatserklärungen sind nur diejenigen Erklärungen, die entweder eine Auskunftspflicht oder eine Handlungs- bzw. Unterlassungspflicht beinhalten, rechtlich von Bedeutung. Sie sind wie die „harten“ Patronatserklärungen zu behandeln. Die Pflichtverletzung hat eine Schadensersatzhaftung zur Folge, wobei der Kreditgeber durch die Nichterfüllung der Verpflichtung seitens der Patronin aus der Patronatserklärung einen Schaden erleidet. Allerdings ist die Inanspruchnahme der Muttergesellschaft aufgrund der Patronatserklärung wegen der praktischen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung häufig erfolglos, so dass der Kreditgeber folglich die Befriedigung seiner Forderung aus dem Kreditgeschäft für den vollen Betrag im Insolvenzverfahren der kreditnehmenden Tochtergesellschaft suchen muss.

b) Nach den Neuregelungen der Gesellschafterleistung im MoMiG wird die Bank im

Insolvenzfall der kreditnehmenden (abhängigen) Gesellschaft vorrangig auf die Inanspruchnahme der Patronin verwiesen und kann erst anschließend an der Verteilung des Gesellschaftsvermögens teilnehmen (§ 44a InsO). Wird die Kreditforderung im letzten Jahr vor der Antragstellung der Insolvenz schon an die Bank zurückgezahlt, so hat die Patronin die der Bank von der Gesellschaft gewährten Leistungen zur Insolvenzmasse zu erstatten oder die Sicherheit der Insolvenzmasse zur Verfügung zu stellen (§ 143 Abs. 3 InsO).

c) Auf konzernrechtlicher Ebene ist zunächst das Verhältnis zwischen einer vorher abgegebenen Patronatserklärung und einer Sicherheitsleistung nach § 303 AktG zu untersuchen. Gesetzlich ist ein Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 303 Abs. 2 AktG ausgeschlossen, wenn Gläubiger der Tochtergesellschaft im Fall des Insolvenzverfahrens ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben. Dies ist der Fall, wenn ihnen schon zum Zeitpunkt der Kreditierung Sicherheiten i.S.d. §§ 232 ff. BGB bestellt werden. Insofern kann man zu dem Ergebnis kommen, dass das Kreditinstitut nur bei Annahme einer harten Patronatserklärung der Muttergesellschaft im Vertrags- bzw. qualifizierten faktischen Konzern das Recht aus § 303 Abs. 1 AktG nicht geltend machen kann. Nach § 242 BGB soll man zu demselben Ergebnis kommen. Bei der Annahme sonstiger weicher Patronatserklärungen trägt das Kreditinstitut das Risiko, dass die Verluste aus seiner Kreditforderung nicht durch eine Klage gegen die Patronin abgedeckt werden. Nach dem Prinzip der Interessenabwägung soll dann der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 303 AktG dabei unberührt bleiben.

Bei der Vermögenslosigkeit der Tochtergesellschaft wird statt des Anspruchs auf Sicherheitsleistung ein direkter Anspruch der Gläubiger der Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft allgemein anerkannt, gleichgültig ob im Vertragskonzern oder im qualifizierten faktischen Konzern. Insofern steht dem Kreditgeber, der eine harte Patronatserklärung empfangen hat, dann ein direkter Anspruch auf Kreditrückzahlung gegenüber der Patronin zu.

Literaturverzeichnis

- *Altmeyden, Holger*, Cash Pooling und Kapitalerhaltung im faktischen Konzern, NZG 2010, 401.
- *Axer, Jochen*: Die Zuständigkeiten und rechtliche Verantwortung im Konzern für die Finanzierung, in: *Lutter, Marcus/Scheffler, Eberhard/Schneider Uwe H.* (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, S. 171.
- *Bastuck, Burkhard*: Kreditbesicherung im Konzern, WM 2000, 1091.
- *Bitz, Michael*: Finanzdienstleistungen, 3. Aufl., München 1997.
- *Blum, Stefan*, Stillschweigend vereinbarte Kündbarkeit einer nur für einen bestimmten Zeitraum benötigten Patronatserklärung, NZG 2010, 133.
- *Brandes, Helmut*: Grundsätze der Kapitalerhaltung im Vertragskonzern, in: Festschrift für *Alfred Kellermann*, 1991, S. 25.
- *Bunemann, Jan/Zirngibl, Nikolas/Bearbeiter*: Auswirkung des MoMiG auf bestehende GmbHs, 2. Aufl., München 2011.
- *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 3. Auflage, 2009.
- *Cahn, Andreas*: Verlustübernahme und Einzelausgleich im qualifizierten faktischen Konzern, ZIP 2001, 2159.
- *Cahn, Andreas*: Kapitalerhaltung im Konzern, Köln; Berlin; Bonn; München 1998.
- *Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendung an Dritte, in: Festschrift für *Robert Fischer*, 1979, S. 31.
- *Diem, Andreas*: Akquisitionsfinanzierungen, München 2005.
- *Diem, Andreas*: Besicherung von Gesellschafterverbindlichkeiten als existenzvernichtender Eingriff des Gesellschafters? ZIP 2003, 1283.
- *Döllner, Georg*: Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, 2. Aufl. 1990.
- *Drygala, Tim/Kremer, Thoma*: Alles neu macht der Mai - Zur Neuregelung der Kapitalerhaltungsvorschriften im Regierungsentwurf zum MoMiG, ZIP 2007, 1289.
- *Ebenroth, Karsten Thomas*: Die verdeckte Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, 1979.
- *Eberl-Borges, Christina*: Die Haftung des herrschenden Unternehmens für Schulden einer konzernabhängigen Personengesellschaft, WM 2003, 105.
- *Eberl-Borges, Christina*: Die Konzernhaftung im Kapitalgesellschaftskonzernrecht., Jura, 2002, 761,
- *Eisenhardt, Ulrich*: Gesellschaftsrecht, (7. Aufl.), 14. Aufl., 2009.
- *Emmerich, Volker/Habersack, Mathias*: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl., München 2008.
- *Emmerich, Volker/Habersack, Mathias*: Konzernrecht, 8. Aufl., München 2005.
- *Eschenbruch, Klaus*: Konzernhaftung, Düsseldorf 1996.
- *Esser, Josef/Weyers Hans-Léo*, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1998.

- *Fleck, Hans-Joachim*: Der Grundsatz der Kapitalerhaltung – seine Ausweitung und seine Grenzen, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 391.
- *Fleischner, Holger*: Gegenwartsprobleme der Patronatserklärung im deutschen und europäischen Privatrecht, WM 1999, 666.
- *Freitag, Rober*: Finanzverfassung und Finanzierung von GmbH und AG nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, WM 2007, 1681.
- *Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Reil 2, Die juristische Person, 1983.
- *Flume, Werner*: Der Gesellschafter und das Vermögen der Kapitalgesellschaft und die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung, ZHR 144, 1980.
- *Ganter, Hans Gerhard*, Allgemeines, in: *Schmanky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 2011, § 90.
- *Gerth, Axel*: Organschaftserklärungen als Kreditsicherheit, AG 1984, 94
- *Gerth, Axel*: Atypische Kreditsicherheiten, Liquiditätsgarantien und Patronatserklärungen deutscher und ausländischer Muttergesellschaften, 2. Aufl. 1980.
- *Geßler, Ernst*: Zur Problematik bei kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, ZIP 1981, 228.
- *Geßler, Ernst*: Zur handelsrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung, in: Festschrift für *Robert Fischer*, 1979, S. 131.
- *Gloger, Christian/ Goette, Constantin/van Huet, Fabienne*: Die neue Rechtsprechung zur Existenzvernichtungshaftung mit Ausblick in das englische Recht (Teil I), DStR 2008, 1141.
- *Goette, Wulf*: Einführung in das neue GmbH-Recht, 1. Aufl. 2008.
- *Göb, Marc Alexander*: Aktuelle gesellschaftsrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz, NZI 2011, 394.
- *Groeschke, Peer/Lwowski, Hans-Jürgen*: Die Konzernhaftung der §§ 302, 303 AktG als atypische Sicherheit? WM 1994, 613.
- *Grunewald, Barbara*: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1996.
- *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2009, § 775.
- *Habersack, Mathias*: Trihotel - Das Ende der Debatte? ZGR 2008, 533.
- *Habersack, Mathias*: Patronatserklärungen ad incertas personas, ZIP 1996, 257
- *Habersack, Mathias/Schürnbrand, Jan*: Cash Management und Sicherheitenbestellung bei AG und GmbH im Lichte des richterrechtlichen Verbots der Kreditvergabe an Gesellschafter, NZG 2004, 689.
- *Haas, Ulrich*: Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, ZInsO 2007, 617.
- *Henze, Hartwig*: Konzernfinanzierung und Besicherung, WM 2005, 716.
- *Hippeli, Michael*: Garantieversprechen in der Unternehmensfinanzierung im Lichte der aktienrechtlichen Kapitalerhaltungsvorschriften nach dem MoMiG, NJOZ 2009, 2197.
- *Hirte, Heribert*: Die "Große GmbH-Reform" - Ein Überblick über das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2008, 761.
- *Hommelhoff, Peter* u.a. (Hrsg.), Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, 1986.
- *Hommelhoff, Peter*: Eigenkapital-Ersatz im Konzern und in Beteiligungsverhältnissen, WM 1984, 1105.
- *Hommelhoff, Peter/Kleindiek, Detlef*: Das Recht der konzerninternen Fremdfinanzierung, in: *Lutter, Marcus/Scheffler, Eberhard/Schneider Uwe H.* (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, S. 695.
- *Horn, Norbert*, Bürgschaft, in Staudinger, BGB, Bearb. 2012.

- *Horn, Norbert*, Bürgschaften und Garantien, 8. Aufl. 2001.
- *Horn, Norbert*: Aktien- und konzernrechtlicher Vermögensschutz der Aktiengesellschaft und der Gang an die Börse, ZIP 1987, 1225.
- *Hüffer, Uwe*: Die Ausgleichsklausel des § 243 Abs. 2 S. 2 AktG – misslungene Privilegierung der Mehrheitsherrschaft oder Grundlage für bloßen Vermögensschutz des Kapitalanlegers? in: Festschrift für *Bruno Kropff*, 1997, S. 127.
- *Immenga, Ulrich*: Kapitalersetzende Aktionärsdarlehen als Haftkapital?, ZIP 1983, 1405.
- *Jilg, Thomas*: Die Treuepflicht des Aktionärs, 1996, Frankfurt.
- *Joost, Detlev*: Grundlagen und Rechtsfolgen der Kapitalerhaltungsregeln in der GmbH, ZHR 148 (1984), 27.
- *Kindler, Peter*: Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts – Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NJW 2008, 3249.
- *Kleffner, Thomas*: Erhaltung des Stammkapitals und Haftung nach §§ 30, 31 GmbH, 1994.
- *Klink, Fabian/Gärtner, Matthias*, Versetzt das MoMiG dem Cash-Pooling den Todesstoß? NZI 2008, 457, 458.
- *Köhler, Helmut*: Patronatserklärungen als Kreditsicherheit: tatsächliche Verbreitung – wirtschaftliche Gründe – rechtliche Bedeutung, WM 1978, 1338.
- *Kübler, Friedlich*: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 1998.
- *Kühbacher, Uli*: Darlehen an Konzernunternehmen - Besicherung und Vertragsanpassung, 1992.
- *Kuhlmann, Jens/Ahnis, Erik*: Konzern- und Umwandlungsrecht, 2. Aufl., 2007.
- *Krieger, Gerd*: Die rechtlichen Haftungsrisiken in Konzern, in: *Lutter, Marcus/Scheffler, Eberhard/Schneider Uwe H. (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung*, 1998, S. 80.
- *Liebscher, Thomas*: GmbH-Konzernrecht, 2006.
- *Lutter, Marcus*: Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz, in: Festschrift für *Ernst C. Stiefel*, 1987, S. 505.
- *Lutter, Marcus*: Die GmbH-Novelle und ihre Bedeutung für die GmbH, die GmbH und Co. KG und die Aktiengesellschaft, DB 1980, 1317.
- *Lutter, Marcus*: Die Treuepflicht des Aktionärs, ZHR 153 (1989), 446.
- *Lutter, Marcus*: Treuepflichten und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 162 (1998), 166.
- *Lutter, Marcus/Scheffler, Eberhard/Schneider Uwe H. (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung*, 1998.
- *Lwowski/Fischer/Langenbucher*, Das Recht der Kreditsicherung, 9. Aufl., 2011.
- *Lwowski, Hans-Jürgen*: Das Recht der Kreditsicherung, 8. Aufl., 2000.
- *Maier-Reimer, Georg*: Das Recht der konzernexternen Fremdfinanzierung, in: *Lutter, Marcus/Scheffler, Eberhard/Schneider Uwe H. (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung*, 1998, S. 484.
- *Maier-Reimer, Georg*: Kreditsicherung und Kapitalersatz in der GmbH, in: Festschrift für *Heinz Rowedder*, 1994, S. 245.
- *Meister, Burkhardt W.*: Die Sicherheitsleistung der GmbH für Gesellschaftsverbindlichkeiten, WM 1980, 390.
- *Merkel, Helmut*: Die konzerntypischen Kreditsicherheiten und Kreditsicherungsvereinbarung, in: *Lutter, Marcus/Scheffler, Eberhard/Schneider Uwe H. (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung*, 1998, S. 529.
- *Merkel, Helmut/Tetzlaff, Christian*, Atypische Sicherheiten, in:

- Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 2011, § 98.
- *Messer, Herbert*: Kreditbesicherung im Konzern, ZHR 159 (1995), 375.
 - *Michalski, Norbert*: Die Patronatserklärung, WM 1994, 1229
 - *Mülbart, Peter O.*: Sicherheiten einer Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihres Gesellschafters, ZGR 1995, 578.
 - *Nehls, Albrecht*: die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Aktienrecht, 1993, Hamburg.
 - *Noack, Ulrich*: Kapitalersatz bei verbundenen Unternehmen, GmbHR 1996, 153.
 - *Obermüller, Manfred*: Patronatserklärungen und kapitalersetzende Darlehen, ZIP 1982, 915.
 - *Osterloh-Konrad, Christine*: Abkehr vom Durchgriff: Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach "Trihotel", ZHR 172 (2008), 274.
 - *Paefgen, Walter G.*: Existenzvernichtungshaftung nach Gesellschaftsdeliktsrecht, DB 2007, 1910.
 - *Peltzer, Martin*: Besicherte Darlehen von Dritten an Konzerngesellschaften und Kapitalerhaltungsvorschriften, GmbHR, 1995, 15.
 - *Peltzer, Martin/Bell, Martin*: Besicherung von Gesellschafterkrediten mit dem GmbH-Vermögen, ZIP 1993, 1755.
 - *Pesch, Jürgen*: Patronatserklärungen im Geschäftsbericht von Banken, WM 1998, 1609
 - *Raiser, Thomas*: Das Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., 1992.
 - *Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*: Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., 2006
 - *Rümker, Dietrich*: Probleme der Patronatserklärung in der Kreditsicherungspraxis, WM 1974, 990.
 - *Rudolph, Bernd*: Die konzernweiten Finanzierungsregeln und Kapitalstruktur, in: *Lutter, Marcus/Scheffler, Eberhard/Schneider Uwe H. (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung*, 1998, S. 30.
 - *Saenger, Ingo*: Gegenwart und Zukunft des Cash Pooling, in: Festschrift für *Harm Peter Westermann*, 2008, S. 1381.
 - *Schäfer, Carsten*: Reform des GmbHG durch das MoMiG - viel Lärm um nichts?, DStR 2006, 2085.
 - *Schäfer, Carsten*: Die harte Patronatserklärung - vergebliches Streben nach Sicherheit? WM 1999, 153.
 - *Scheffler, Eberhard*: Die Gestaltung der konzerninternen Fremdfinanzierung, in: *Lutter, Marcus/Scheffler, Eberhard/Schneider Uwe H. (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung*, 1998, S. 669.
 - *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011.
 - *Scheffler, Eberhard*: Die Gestaltung der Eigenkapitalfinanzierung des Konzerns, in: *Lutter, Marcus/Scheffler, Eberhard/Schneider Uwe H. (Hrsg.): Handbuch der Konzernfinanzierung*, 1998, S. 30.
 - *Schulze-Osterloh, Joachim*: Die verdeckte Gewinnausschüttung bei der GmbH als kompetenzrechtliches Problem, in: Festschrift für *Walter Stimpel*, 1985, S. 487.
 - *Schmidt, Karsten/Uhlenbruck, Wilhelm*: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl., 2009.
 - *Schmidt, Karsten*: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002.
 - *Schmidt, Karsten*: GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer? Zum (Un-)Gleichgewicht zwischen Gesellschaftsrisiko und Geschäftsführerrisiko im Entwurf eines MoMiG und in der BGH-Rechtsprechung, GmbHR 2008, 449.
 - *Schmidt, Karsten*: Zurechnungsprobleme um das Zwerganteilsprivileg des § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG, GmbHR 1999, 1269 – 1273, ZIP 1999, 1821.

- *Schneider, Uwe. H.*: Patronatserklärungen gegenüber der Allgemeinheit, ZIP 1989, 619
- *Schneider, Uwe. H.*: Das Recht der Konzernfinanzierung, ZGR 1984, 497.
- *Schön, Wolfgang*: Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften, ZHR 159 (1995), 351.
- *Schrell, Thomas K./Kirchner, Andreas*: Fremdfinanzierte Unternehmenskäufe nach der KBV-Entscheidung des BGH: Sicherheitenpakete als existenzvernichtender Eingriff? BB 2003, 1451.
- *Schwab, Martin*: Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte! ZIP 2008, 341.
- *Groß, Wolfgang /Sonnenhol, Jürgen*: Besicherung von Krediten Dritter an Konzernunternehmen, ZHR 159 (1995), 388
- *Sonnenhol, Jürgen/Stützle, Rudolf*: Bestellung von Sicherheiten durch eine GmbH und der Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals (§ 30 GmbHG), DB 1979, 925.
- *Sonnenhol, Jürgen/Stützle, Nils*: Auswirkungen des Verbots der Einlagenrückgewähr auf Nichtgesellschaften, WM 1983, 2.
- *Spindler, Gerald*: Konzernfinanzierung, ZHR 171 (2007), 245.
- *Stecher, Rainer*: „Harte“ Patronatserklärungen – Rechtsdogmatische und praktische Probleme, 1978.
- *Teller, Horst*: Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH, 1993.
- *Tillmann, Tobias*: Upstream-Sicherheiten der GmbH im Lichte der Kapitalerhaltung – Ausblick auf das MoMiG, NZG 2008, 401.
- *Tries, Hermann-Josef*: Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht, 1991.
- *Ullrich, Christine*: Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten, 1993.
- *Weber, Hansjörg*: Kreditsicherheiten, 2002.
- *Weller, Marc-Philippe*: Die Existenzvernichtungshaftung im modernisierten GmbH-Recht - eine Außenhaftung für Forderungsverletzung (§ 826 BGB), DStR 2007, 1166.
- *Weller, Marc-Philippe*: Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis, ZIP 2007, 1681.
- *Wessels, Peter*: Aufsteigende Finanzierungshilfen in GmbH und AG, ZIP 2004, 793.
- *Graf v. Westpfalen, Friedrich*: Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 3. Aufl., 1987.
- *Wicke, Hartmut*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 2008.
- *Wiedemann, Herbert*: Gesellschaftsrecht, Band I, 1980.
- *Wilhelm, Jan*: Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung. In: Festschrift für *Werner Flume*, Band 2, 1978, 337.
- *Wimmer-Leonhardt, Susanna*, Konzernhaftungsrecht, 2004.
- *Winter, Martin*: Verdeckte Gewinnausschüttung im GmbH-Recht, ZHR 148 (1984), 589.
- *Zöllner, Wolfgang*: Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH, in: Festschrift für *Horst Konzen*, 999.

Kommentare:

- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, 2004.

- Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz, 1984.
- *Baumbach, Adolf (Hrsg.) / Hueck, Alfred (Hrsg.):* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 19. Auflage, 2010.
- *Müller, Welf/ Winkeljohann, Norbert (Hrsg.):* Beck'sches Handbuch der GmbH, 3. Auflage, 2002. (4. Aufl., 2009)
- *Rowedder, Heinz/Fuhrmann, Hans (u.A.):* GmbH-Gesetz, 3. Auflage., 1997.
- *Hachenburg, Max/Goerdeler, Reinhard/Müller, Welf:* Großkommentar zum GmbHG, 8. Auflage, 1992.
- *Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter:* GmbH-Gesetz, 14. Aufl., 1995.
- *Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.):* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4: Aktiengesellschaft, 3. Auflage, 2007.
- *Priester/Mayer (Hrsg.):* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2. Auflage, 2003.
- *Kurt Rebmann/Franz J. Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.):* Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., 2007.
- *Hölters,* Aktiengesetz, 1. Auflage, 2011.
- *Hüffer, Uwe:* Aktiengesetz, 8. Auflage, 2008.
- *Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Bungeroth, Ulrich Eckardt (u.a.):* Aktiengesetz, 1973 ff.
- *Michalski,* GmbHG, 2. Auflage 2010.
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, 3. Auflage 2007.
- Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2009.
- Münchner Kommentar GmbHG, 1. Auflage, 2010.
- *Palandt, Otto:* Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, 2001.
- *Roth, Günter H./Altmeppen, Holger:* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Aufl., 2009.
- *Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus:* Aktiengesetz, 2008.
- *Scholz, Franz:* Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Auflage, 2006.
- *J. von Staudinger:* Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführung und Nebengesetz, § 774, 13. Bearbeitung, 1997.
- *Hopt, Klaus J./ Wiedemann, Herbert (Hrsg.):* Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl, 1992.
- *Wicke,* GmbHG, 2. Auflage, 2011.

Lebenslauf:

Chung-Hung Liao

geboren am 10.01.1967 in Yun-Lin, Taiwan

Hochschulausbildung

09/86 – 06/90 Bachelor of Law an der Cheng-Chi University, Taipei, Taiwan

12/90 Staatsexam für Rechtsanwalt in Taiwan

04/94 – 11/95 L.L.M an der Universität zu Köln

Dozententätigkeit

09/04 – 02/06 Privatdozent für „Business Law“ und „Banking Law“ an der Chung-Yuan University, Tao-Yuan, Taiwan

09/06 – 02/07 Privatdozent für Schuldrecht an der Shih-Hsin University, Taipei, Taiwan

09/08 – 02/09 Privatdozent für „Law and Tecknology“ an der Tam-Kang University, Taipei, Taiwan

Schulausbildung

09/79 – 06/85 Cheng-Hsin High School in Yun-Lin, Taiwan

berufliche Tätigkeiten

01/91 – 07/91 Congressional Assistant by Parliament of Taiwan

08/91 – 08/92 Rechtsanwalt bei der „Huang & Partner“, Taipei

09/96 - 03/98 Congressional Assistant by Parliament of Taiwan

06/06 - 06/09 Rechtsableitung „Sifeon Knowledge-Technology“

07/09 - selbständiger Rechtsanwalt